الناشر : منشأة المعارف ، جلال حزى وشركاه

٤٤شارع سعد زغلول – محطة الرمل – الاسكندرية – ت/ف ٤٨٥٣٠٥٥/٤٨٧٣٣٠٣ الإسكندرية
Email : monchaa@maktoob.com

اسم الكتاب : النظرية العامة للإئتمان

اسم المؤلف : د. محمد حسين منصور

رقم الايداع : ٢٠٠٥/١٤٥٥٣

الترقيم الدولى : ٤ - ٩٦٣٥ - ٠٣ - ٩٧٧

التجهيزات الفنية

كتابة كمبيوتر: المؤلف

طباعة : مطبعة عصام جابر

النظرية العامة للإئتمان

صور الإئتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته
الكفالة، الرهن الرسمى، حق الاختصاص، الرهن الحيازى،
حقوق الإمتياز، التمويل العقارى.

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى بجامعة الاسكندرية

الناشر
منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ
ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا ١٠٥

(سورة النساء)

۞ وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ
فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ
ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ
ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ٢٨٣

(سورة البقرة)

صدق الله العظيم

مقدمة

تزداد أهمية نظرية التأمينات فى العصر الحاضر مع ازدياد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها ، ويرتبط ازدهار النشاط التجارى بعنصر الائتمان الذى يلعب دوراً بالغ الأهمية فى المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة .

والائتمان يعنى الثقة ، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضائع أو خدمات ..) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة . ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه . وتنبع الثقة فى المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه .

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الانتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات ، ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلاً للوفاء به ، ويقتضى منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان أو التأمينات التى تطمئن الدائن فى الحصول على حقه . لذا تعد التأمينات خطوة ايجابية نحو انتعاش واستقرار العلاقات المالية بين الأفراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التى تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود الاقتصاد القومى .

وأمام الحاجة الماسة للائتمان ، وعجز نظم التأمينات التقليدية عن تغطيته، بحث الدائنون عن ضمانات أخرى اضافية أو بديلة .

تم اللجوء إلى الحماية الجنائية عن طريق تحرير شيكات بالمديونية ، وانقلب الشيك من وسيلة وفاء إلى أداة ائتمان مما حدا بالمشرع إلى التدخل واعادة الأمور إلى نصابها ، وأصبح الشيك مستحقاً بمجرد الاطلاع بغض النظر عن التاريخ ، وتم وقف التعامل بالشيكات غير البنكية [1] . فقد الشيك

---

(١) قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ويعمل بالأحكام الخاصة بالشيك اعتباراً من أكتوبر ٢٠٠٠ ، إلا أنه تم إرجاء العمل بتلك الأحكام لمدة عام آخر .

دوره فى حماية الائتمان مما دفع البعض إلى التشبث بالحماية الجنائية من خلال تحرير ايصالات أمانة بالمديونية ، لكن القضاء يتشدد فى اعتبار تلك المحررات على سبيل الأمانة أمام وضوح طابع الصورية فيها .

ترتب على ذلك حتمية اللجوء إلى الحماية المدنية والبحث عن سبل بديلة للتأمينات التقليدية تتسم بالسرعة والمرونة والفاعلية الواجبة للمعاملات الجارية . ويحاول المشرع اصدار قانون جديد للرهن العقارى لمواجهة متطلبات الائتمان الحديثة .

لذلك نستهل دراستنا لنظام التأمينات بفصل تمهيدى نعرض فيه لوسائل حماية الائتمان بصفة عامة ، ثم نتناول فى الفصول التالية كل من التأمينات الشخصية ، ممثلة فى الكفالة ، والتأمينات العينية وهى : الرهن الرسمى ، الأختصاص ، الرهن الحيازى ، الامتياز .

الباب الأول
وسائل حماية الائتمان

نعرض ، بادئ ذى بدء ، للضمان العام للدائنين ووسائل حمايته ، والمراكز المتميزة لبعض الدائنين ، مع الاشارة إلى التأمينات الشخصية والعينية ، ثم نبين الضمانات الأخرى لحماية الائتمان .

الفصل الأول
الضمان العام للدائنين

(أ) الضمان العام على أموال المدين :

تُعتبر أموال المدين هى الضمان العام للدائنين بمعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، فإذا لم يقم المدين بالتزامه ، كان للدائن ، أن يقتضى حقه بالتنفيذ الجبرى على أى مال من أموال المدين (١) .

ويتميز الضمان العام بخصيصتين رئيسيتين هما :

الأولى : أنه عام يرد على كل أموال المدين ، ولا ينصب على مال معين بالذات ، وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفى حقه بالتنفيذ على أى مال من الأموال للمدين وقت نشوء الدين ، أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك ، هذا باستثناء الأموال التى لا يجوز الحجز عليها .

ويترتب على ذلك حرية المدين كقاعدة عامة ، فى التصرف فى أى مال من أمواله ، ويخرج من ذمته لأن حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة ، وتنفذ تصرفات المدين فى حق الدائنين، دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات ، أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه فى يد من انتقل إليه . وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام ، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين واضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين .

الثانية : أنه مشترك بين سائر الدائنين ، أى أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام . فلا يمتاز أحدهم على الآخرين ، فكل أصحاب

---

(١) السنهورى جـ ١٠ ص ٤ .

الحقوق الشخصية سواسية فى هذا الشأن ، أى لا أولوية لأحدهم على الآخر، لا فرق فى ذلك بين دائن نشأ حقه فى تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه فى تاريخ لاحق .

مؤدى ذلك أن الدائنين تكون لهم نفس المرتبة فى استيفاء حقوقهم ، فإذا إتسعت لهم جميعاً أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة ، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه ، فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه ، أى أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة مقدار دين كل واحد منهم .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان المدين معسراً ، فإن الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه ، وإذا تخلف أحد الدائنين أو بعضهم ، فلن يتبقى له شيئًا من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين .

(ب) وسائل حماية الضمان العام :

قرر المشرع للدائن عدة وسائل لحماية الضمان العام أى لحماية الدائنين من التصرفات التى قد يجريها المدين اضطراراً بحقوقهم .

أولاً : يجوز للدائن اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية أو الاحتياطية ، كتوقيع الحجز التحفظى على أموال المدين ، أو التدخل فى اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه ، وطلب اتخاذ بعض الاحتياطيات للتحفظ على تركة المدين ، وضع الأختام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو افلاسه .

ثانيًا : هناك عدة طرق وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام .

١- الدعوى غير المباشرة : التى تهدف إلى حماية الدائن من تقصير مدينه عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه ، فإذا كان للمدين مثلاً حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه أو

أهمل فى هذه المطالبة ، استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه ، فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها ، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها .

٢- الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف ، وتشترك مع الدعوى غير المباشرة فى الهدف ، ألا وهو المحافظة على أموال المدين ، ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر اهمال المدين وتقصيره ، فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر ألا وهو تصرفات المدين التى يجريها اضراراً به ، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يقوم بتهريب ما قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال .

٣- دعوى الصورية التى يستطيع بها الدائن أن يقى نفسه غش المدين المتمثل فى محاولة ابعاد بعض أمواله، عن طرى ابرام تصرفات صورية ، عن ضمان الدائنين ، فيمكن للدائن أن يطعن فى هذه التصرفات ليستبقى المال الذى خرج ظاهرياً ، فى ذمته تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه .

٤- يستطيع الدائن طلب شهر اعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وذلك بغل يده عن التصرف فى أمواله بصورة تضر بالدائنين ، ومنعه من القيام باجراء يفضل أحدهم على الآخرين (١) .

(جـ) عدم كفاية الضمان العام ووسائله لحماية الدائنين :

١- إن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذى قد يضيع كلياً أو جزئيًا بسبب اعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقى الدائنين له فى استيفاء حقوقهم ، أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر

(١) أنظر المواد ٢٣٤ : ٢٤٥ مدنى . ومؤلفنا فى أحكام الالتزام ، بيروت ٢٠٠٠.

عن المشاركة فى التنفيذ على أموال المدين . أضف إلى ذلك أن الضمان العام لا يقى الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التى قد يجريها المدين ويترتب عليها انقاص حقوقه أو ذيادة التزاماته .

٢- ولا تكفى الوسائل السابقة التى وضعها القانون تحت تصرف الدائن، فالدعاوى الثلاث (الغير مباشرة ، البوليصية ، الصورية) لا تقى تهاون المدين في تقاضى حقوقه أو التصرف فى أمواله غشاً بدائنيه لأن شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الاثبات خاصة فيما يتعلق باثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية. أضف إلى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذى باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين ، مما يعرضه إلى الدخول معهم فى قسمة غرماء ولايحصل بالتالى إلا على جزء من حقه .

٣- وكذلك الحال بالنسبة لنظام الاعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة الدائنين ، إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء .

الفصل الثانى
المراكز المتميزة لبعض الدائنين

يوجد الدائن العادى ، أحياناً ، فى مركز متميز ، يمكنه من استيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له . هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانة خاصة للدائن ولا يكسبه صفة الدائن الممتاز ، بل هو حالة فعلية يوجد فيها الدائن مصادفة ، مثل المقاصة والحق فى الحبس والدعوى المباشرة [1] .

١- الدعوى المباشرة :

حيث يخول المشرع الدائن ، أحياناً ، دعوى مباشرة ضد مدين مدينه ، يباشر الدائن هذه الدعوى باسمه شخصيًا وليس باسم مدينه ، ويصبح بمقتضاها دائناً شخصياً لمدين مدينه ، وله أن يستأثر بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين . يسعى الدائن بطريقة مباشرة وباسمه الشخصى إلى مدين مدينه يسأله الوفاء بما هو مستحق له ، ولكن ليس للدائن أن يطالب المدين بأكثر مما هو مستحق عليه .

تحقق هذه الدعوى للدائن ضماناً أكيداً لأنه يطالب بحق له ، ويستأثر بحصيلتها ، ويصبح بذلك بمثابة دائن له امتياز فى استيفاء حقه من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الغير ، ولا يشاركه الدائنون الآخرون فى ذلك ، وبالتالى يتجنب الدائن خطر اعسار المدين ، وكذا خطر مزاحمة الدائنين العاديين له .

ولكن لا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة فى القانون المدنى، فهى لم تتقرر إلافى مواضع متفرقة بنصوص خاصة ، لذا لا يجوز استعمال هذه الدعوى إلا فى الحالات التى وردت فى التشريع . مثال ذلك علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن ، وعلاقة المقاول من الباطن والعمال مع صاحب العمل، وعلاقة الموكل بنائب الوكيل .

---

(١) المواد ٢٤٦ : ٢٤٨ ، ٣٦٢ : ٣٦٩ . وأنظر مؤلفنا السابق .

٢- المقاصة :

حيث تفترض أن المدين قد صار دائناً لدائنه ، ومن ثم تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين فى نفس الوقت ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما . وللمقاصة وظيفة مزدوجة ، فهى أداة وفاء وأداة ضمان ، حيث تحقق نوعاً من الضمان للدائن ، لأنها تمكنه من استيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه ، وهو بذلك يتفادى مخاطر اعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له ، ويتجنب مشاركتهم له ، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم. ولكن لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بالحقوق التى كسبها الغير . مثال ذلك الدائن الذى يسبق فى توقيع الحجز تحت يد المدين .

٣- الحق فى الحبس :

يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشئ الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه المرتبط بهذا الشئ ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مديناً فى ذات الوقت لمدينه . يفترض الحق فى الحبس إن هناك شخصين أحدهما يحوز شيئاً عليه أداؤه للآخر ، وله فى نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا ، فيكون له أن يحبس الشئ الذى يلتزم بأدائه حتى يستوفى حقه . مثال ذلك حبس البائع الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن ، وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها (١).

ولكن الحق فى الحبس لا يحقق لصاحبه ، من الناحية القانونية ، الحماية الكاملة لأن مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت للحابس أفضلية قانونية فى استيفاء حقه منه ، وبالأولوية ، على الدائنين الآخرين . وعلى هذا فإذا قام الدائن الحابس بالتنفيذ على المال المحبوس لاستيفاء حقه فإنه لا يتمتع بأولوية على ثمنه ، بل يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين حيث يقتسمون معه الحصيلة قسمة غرماء . ولكن الحابس يوجد ، من الناحية الواقعية ، فى

---

(١) L. Gouillouard, Traités du nantissement et droit de retention, n. 57.

مركز يمكنه من استيفاء حقه ، حيث يستطيع ، عملاً ، حبس الشيء ، حتى يستوفى حقه أو يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق ، ولكـن الأمر يتطلب توافر شروط الحق فى الحبس من جهة ، ويلقى ، من جهة أخرى ، على عاتق الحابس الكثير من الالتزامات فيما يتعلق بالمحافظة على الشيء المحبوس وصيانته .

الفصل الثالث
التأمينات الشخصية والعينية

أمام ضعف الضمان العام وعدم كفايته ، كان الدائن فى حاجة إلى تأمين خاص يضمن للدائن استيفاء حقه بالكامل ، متوقيًا بذلك اعسار المدين، ومزاحمة باقى الدائنين ، ويتحقق التأمين الخاص فى صورتين :

(أ) التأمين الشخصى :

ويتمثل فى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى لضمان الوفاء بحق الدائن ، إذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين ، فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من دائن واحد ، ويتعدد بذلك المسؤولون عن الدين ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن ، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على المسؤولين معه عن الوفاء بالدين . والشخص الذى يضم ذمته المالية إلى ذمة المدين ، قد يكون مدينًا بصفة أصلية ، وقد يكون مدينًا بصفة احتياطية (١).

١- المسؤول مع المدين بصفة أصلية : يتحقق ذلك فى عدة صور :

الأولى : التضامن بين المدينين حيث توجد أكثر من ذمة تضمن الوفاء بالدين ، ويستطيع الدائن أن يرجع على أى من المدينين لاستيفاء حقه دون الالتزام بترتيب معين ، ويكون كل مدين منهم مسؤولاً عن كل الدين . والتضامن لا يفترض ، ولا يقوم فى المسائل المدنية إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون . ويفترض التضامن فى المعاملات التجارية .

الثانية : عدم قابلية الالتزام للانقسام ، فقد يتم الاتفاق على عدم انقسام الدين بين المدينين المتعددين ، فهنا يكون كل منهم ملزمًا بوفاء الدين كاملاً ، ويجوز للدائن أن يطالب أيًا منهم بالدين كله ، وله أن يطالبهم جميعًا ، ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين - كما هو الحال بالنسبة للتضامن بين المدينين - كل بقدر حصته .

---

(١) محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية التبعية ص ١٤.

الثالثة : الانابة الناقصة ، حيث يلتزم فيها شخص آخر بعد رضاء الدائن بوفاء الدين مكان المدين الأصلي ، ويقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول ، ومن ثم فهى تقدم تأميناً للدائن.

٢- المسؤول مع المدين بصفة احتياطية : يكون ذلك فى حالة الكفالة الشخصية حيث يتعهد الكفيل أمام الدائن بالوفاء بالدين إذا أعسر المدين ، ومن ثم لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد مطالبة المدين والتنفيذ على كل أمواله .

(ب) التأمين العينى :

ويتمثل فى تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن ، ويصبح للدائن على هذا المال حقاً عينياً تبعياً يعطيه الحق فى استيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين . ويكون للدائن إلى جانب الضمان العام تأمين عينى خاص على عين معينة ، ويستطيع أن يتتبعها فى أى يد تكون لاقتضاء حقه ، حتى ولو تصرف فيها المدين وانتقلت ملكيتها إلى غيره . والتأمين العينى قد يكون فى صورة رهن رسمى أو حيازى ، أو فى صورة اختصاص أو امتياز .

ويعتبر التأمين العينى من قبيل الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشئ المثقل بها بغض النظر عن مالك هذا الشئ الذى قد يكون المدين نفسه أو شخص آخر ، وهو حق عينى تبعى لأنه لا يوجد لذاته بل لضمان حق شخصى فيكون تابعًا له ويدور معه وجوداً وعدمًا ، ويتبعه فى نشأته وانقضائه . وصفة التبعية تنطبق على التأمينات الخاصة بنوعيها الشخصية والعينية ، فسواء كنا بصدد كفالة أو رهن فلابد من قيام حق شخصى لضمانه، فإذا انقضى هذا الحق انقضى معه الرهن أو الكفالة .

إلا أن التأمينات العينية تتميز عن التأمينات الشخصية بعدة مزايا ، جعلتها تحتل مكانة هامة فى توفير الائتمان اللازم للحياة الاقتصادية ، وتتمثل هذه المزايا فى :

١- يكون لصاحبها ميزة الأفضلية أو الأولوية فى استيفاء حقه من المال

المثقل بالتأمين العينى ، أى أن الدائن يتقدم عل غيره من الدائنين فى اقتضاء حقه . ويلاحظ أن وجود التأمين العينى لا يسلب الدائن حقه فى الضمان العام على مجموع أموال المدين ، فهو يستطيع أن ينفذ على أى من هذه الأموال ، إلا أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين .

٢- يستطيع الدائن صاحب التأمين العينى أن يتتبع المال المحمل بالتأمين لاقتضاء حقه منه وذلك بالتنفيذ عليه فى أى يد كان ، إذا تصرف فيه المدين للغير .

٣- يظل المال المثقل بالحق العينى التبعى مملوكًا لصاحبه ، ويكون حر التصرف فيه ، إلا أنه ينتقل إلى الغير محملاً بهذا الحق .

٤- توفر التأمينات العينية الثقة للدائن ، حيث تقدم له ضمانًا خاصًا يشجع على ائتمان المدين ، وذلك بتقديم المال الذى يلزمه ومنحه الأجل الكافى للسداد ، ويؤثر ذلك بلا شك فى زيادة المعاملات المالية ورواج التبادل والنشاط الاقتصادى .

(جـ) المقارنة بين نوعى التأمينات (الشخصية والعينية) :

١- تشترك التأمينات الشخصية والعينية فى خاصية التبعية ، حيث أنها لا توجد مستقلة ، بل تنشأ بالتبعية لحق شخصى ، فهى توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية أيًا كان موضوعها أو سببها ، فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون موضوعه نقل حق عينى أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . فالمقاول يمكن أن يقدم كفالة أو رهنًا لضمان تنفيذ التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به . ويجوز ضمان الحق الناتج عن العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون . فالمتعاقد يمكن أن يقدم كفيلاً أو رهنًا لضمان تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد ، ونفس الشئ بالنسبة للمسؤول عن العمل غير المشروع لضمان التزامه بالتعويض إلا أنه من الملاحظ عمليًا أن التأمين الخاص ينشأ لضمان الوفاء بمبلغ من النقود .

ويترتب على تبعية التأمين الخاص للحق الشخصى أنه يدور معه وجودًا وعدمًا فهو ينشأ لضمانه ، وينتقل معه كما فى حالة الحوالة التى تشمل الحق

بضماناته ، وينقضى بانقضائه ويتبعه فى صحته وبطلانه ، فالتأمين الخاص لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الحق الذى يضمنه صحيحاً.

٢- كانت التأمينات الشخصية أسبق فى الظهور من التأمينات العينية ، فقد كانت الصلة القوية بين أفراد العائلة تيسر على المدين أن يقدم إلى الدائن من يلتزمون بوفاء الدين معه ، أضف إلى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات ، والملكية المشتركة للعقارات ، كأثر لملكية الأسرة ، واعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة فى الحيازة ، كان سببًا فى صعوبة ظهور نظام التأمين العينى.

إلا أنه بفضل استقرار نظام الملكية الفردية ، وتزايد قيمة الثروات المنقولة ، تقدمت نظم التأمينات العينية ، وأصبح من السهل ورودها على المنقول والعقار سواء من خلال الشهر أو الحيازة ، بل أن هذه النظم أصبحت أكثر أهمية بالنسبة للدائن من التأمينات الشخصية لأنها تجنبه خطر اعسار المدين ومن يلتزمون بالوفاء بالدين إلى جانبه ، وتحصنه من قاعدة قسمة الغرماء ، وتمكنه من تتبع المال المحمل بحقه فى أى يد تكون (١).

٣- يعتبر التأمين العينى استثناء على قاعدة المساواة بين الدائنين ، لذا فهو لا ينشأ إلا فى الصورة التى أباحها القانون ، وعلى هذا فإن التأمينات العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر ، ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها .

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقًا لمبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام لذا فهى يمكن أن تنشأ فى أى شكل يرتضيه الأطراف بشرط ألا ينطوى ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب . لهذا نلاحظ تطوراً وازدهاراً ملحوظًا فى نظم التأمينات الشخصية فى مجال التجارة والمعاملات ، ويبدو ذلك واضحاً فى تطور عمليات البنوك والائتمان وما تقدمه لعملائها من ضمانات فى التعامل .

---

(١) J. Mestre, E. Putman, M. Billau, Droit special des sûretés réelles, P.3.

(د) أنواع التأمينات الشخصية والعينية :

لعل أهم أنواع التأمينات الشخصية هو الكفالة ، فهى التنظيم النموذجى للتأمين الشخصى ، وهى التى تنصب عليها الدراسة فى هذا الصدد ، باعتبار أن الأنواع الأخرى من التأمينات الشخصية ترد دراستها ضمن النظرية العامة للالتزام .

وقدعالج القانون المدنى الكفالة فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماه . باعتبارها من تلك العقود ، حيث أوردها فى الباب الخامس (المواد ٧٧٢ إلى ٧٨١) .

أما التأمينات العينية فتتنوع بحسب مصدرها أو محلها أو بحسب حيازة المال التى ترد عليه .

فمن حيث المصدر هناك التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، وهناك التأمينات القضائية التى يقررها القاضى وينطبق ذلك على حق الاختصاص . وأخيراً هناك التأمينات القانونية حيث يكون مصدرها القانون ويتمثل ذلك فى حقوق الامتياز .

ومن حيث المحل هناك التأمينات التى ترد على العقار فقط وهى الرهن الرسمى والاختصاص ، وثمة تأمينات ترد على المنقول أو العقار وهى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

وأخيراً فإن التأمينات العينية تنقسم من حيث حيازة المال الذى ترد عليه إلى تأمينات تقتضى وضع المال فى حيازة الدائن وهى الرهن الحيازى ، وثمة تأمينات لا تقتضى نقل الحيازة ، بل يظل المال محملاً بالتأمين وهو فى حيازة المدين أو غيره ، وينطبق ذلك على الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز [1].

---

(١) شمس الوكيل ، نظرية التأمينات ص ٥٤.

خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدنى للتأمينات العينية ، وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو « التأمينات العينية » وقسمه إلى أربعة أبواب كرسها على التوالى للرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، والرهن الحيازى ، وحقوق الامتياز . وعلى هذا فإنه يمكن القول بوجود نظرية متكاملة للتأمينات فى القانون المصرى .

(هـ) جدوى التأمينات الشخصية والعينية :

لا شك فى أهمية التأمينات السابقة فى ضمان حق الدائن ، حيث يضعه التأمين العينى فى مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاصر اعسار المشترى ، وهو أيضاً يتقى تلك المخاطر من خلال كل من التأمين والكفالة ، خاصة إذا كانت مصرفية .

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين ، غالباً ، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع تكلفتها ، فقد لا يجد المدين كفيلاً يكفله أو مالاً يقدمه رهناً . ويشكل التأمين عبئاً مالياً على المدين الذى غالباً ما يكون فى حاجة كبيرة إلى الائتمان .

أضف إلى ذلك ما تنطوى عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب ، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق فى القيد . يقتضى الرهن الرسمى العديد من الاجراءات القانونية كالقيد والتجديد واجراءات بيع العقار . يلقى الرهن الحيازى على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون . تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملائمة الكفيل الذى قد يتعرض هو الآخر للاعسار .

لكل ذلك كان من الضرورى البحث عن وسائل أخرى لحماية الائتمان.

الفصل الرابع
الضمانات الأخرى لحماية الائتمان

أدى اتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته فى العصر الحاضر إلى الاقبال المتزايد على التأمينات واستحداث صور جديدة للضمان ، فقد تطورت المعاملات الاقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة ، وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظراً لما تنطوى عليه من وقت ونفقات نتيجة اشتراط الرسمية أو اتخاذ اجراءات الشهر والعلانية من جهة وبسبب اجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد من جهة أخرى ، أضف إلى ذلك إن بعض التأمينات ، مثل الرهن الحيازى ، قد يؤدى إلى عرقلة تداول الأموال ، بل ويصعب توفيرها فى كثير من الأحيان .

كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف فى قوتها ومداها بحسب حاجة الدائنين ، وقدرة المدينين ، ونوعية النشاط الاقتصادى ، وعما إذا تعلق الأمر بنشاط انتاجى أمام مهنى أم استهلاكى.

ولعل من أهم تلك الصور البديلة لحماية الائتمان : حوالة الحق ، نقل الملكية على سبيل الضمان ، التأمين ، الزام المدين بعمل أو امتناع عن عمل ، حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه ، الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان) ، خطابات الطمأنينة .

وتبدو حيوية الائتمان وازدهاره فى مجال البيع وخاصة فى المعاملات التجارية . ويدفعنا ذلك إلى تناول ضمانات البيع الائتمانى بصفة عامة ، وشرط الاحتفاظ بالملكية بصفة خاصة [1] .

(أ) حوالة الحق :

أدى تطور الائتمان إلى سهولة تداول الحقوق وتوظيف حوالتها على

---

(١) أنظر فى ذلك مؤلفنا شرط الاحتفاظ بالملكية . الأسكندرية ١٩٩٤ .

سبيل الضمان ، وتطلب الائتمان التجارى تسهيل انتقال الحقوق وتداولها والتخلص من الاجراءات التى تعرقل تداول الحقوق المدنية . ومن المقرر أن الحق المدنى الثابت فى سند اسمى أو اذنى أو لحامله ، يتم انتقاله وتداوله بنفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى .

وترد حوالة الحق على سبيل الضمان أما على حق معين مثل حوالة الأجر ، أو على مجموع من الحقوق . وتنقسم هذه الحالة الأخيرة إلى نوعين : الأول هو الحوالة الاجمالية التى ترد على كل الحقوق الناتجة أو التى ستنتج عن النشاط المهنى للمدين أو على مجموعة معينة من هذه الحقوق ، كالحقوق الناتجةعن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التى تبدأ أسماؤها بحروف هجائية محددة (تبدأ من حرف أ إلى د مثلا) . الثانى هو الحوالة داخل اطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن ، طبقًا للمبلغ المراد ضمانه ، مجموعة من الحقوق القائمة التى تتجدد مع استمرار الوفاء بها (الحقوق الدورية كالأجرة مثلاً) .

(ب) نقل الملكية على سبيل الضمان :

ترتب على عدم فاعلية التأمينات العينية ظهورر نقل الملكية على سبيل الضمان ، كوسيلة من بين وسائل أخرى ، لضمان حق الدائن . ويتم ذلك بعقد ينقل بمقتضاه المدين ملكية مال معين على سبيل الضمان لحق الدائن على أن يلتزم الأخير باعادة نقل الملكية إلى المدين مرة بعد الوفاء بالدين أو ما يقوم مقامه .

ولعل الصورة البارزة لذلك هى بيع الوفاء ، حيث يبيع المدين مالاً معينًا لدائنه ، الذى يتملك هذا المال تحت شرط فاسخ ، يتمثل فى عودة المال إلى البائع بمجرد رد الثمن والمصروفات للدائن المشترى . مؤدى ذلك أن البائع يحتفظ لنفسه بحق استرداد المبيع عند رد الثمن والمصروفات خلال مدة معينة، حيث ينفسخ العقد ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعى .

يعتبر بيع الوفاء وسيلة من وسائل الائتمان حيث ينقل المقترض إلى المقرض ملكية مال على سبيل الضمان . وهنا يكون الدائن بمنأى عن اعسار

أو افلاس المدين ، ولا يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين . ويضمن الدائن حقه بتملك المال دون حاجة إلى الاجراءات الطويلة والمعقدة التى يفرضها الرهن الرسمى .

ويعد بيع الوفاء وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ، حيث يتملك الدائن المبيع إذا لم يرد المدين الثمن والمصروفات فى الموعد المحدد ، وهو ثمن صورى يمثل الدين وفوائده التى غالباً ما تكون مبلغاً باهظاً يخفى فوائد ربوية . لذلك نص المشرع على ابطال هذا البيع (١) . ولكن بعض الدول تجيزه بضوابط معينة مثل فرنسا ولبنان .

وتوجد صورة أخرى لنقل الملكية على سبيل الضمان تتمثل فى التصرف الائتمانى حيث يتم بمقتضاه نقل ملكية الشئ إلى الدائن بصورة مستقلة عن رابطة الالتزام مصدر المديونية . يتملك الدائن الشئ ولكن ملكيته تكون مقيدة بالالتزامات المتفق عليها ، وأهمها الالتزام بالرد عند قيام المدين بالوفاء بالتزامه(٢) . ويمكن أن يرد التصرف على الأشياء والحقوق الشخصية ، وهنا نقترب من حوالة الحق على سبيل الضمان السابق بيانها .

(جـ) التأمين :

يلعب التأمين دوراً هامًا فى تنشيط الائتمان على المستوى الفردى والجماعى من خلال عدة صور .

١- يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العينى (العقار المرهون مثلاً) ، حيث يتعلق حق الدائن بمبلغ التأمين أو التعويض فى حالة هلاك تلك العين . يقوى التأمين المال الذى يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من ائتمان ، فغالبًا ما يشترط المقرض التأمين على الشئ المرهون

---

(١) م ٤٦٥ مدنى .

(٢) C. Witz, la fiducie en droit privé, 1981, P. 154.

ضد السرقة أو الحريق ، كي يستطيع أن يستوفي حقه من مبلغ التأمين في حالة تعرض المال المرهون للخطر ، ومن ثم فإن التأمين على المال الضامن للدين كثيراً ما يكون وسيلة أو شرطاً للحصول على الائتمان .

٢- يلتزم المشترى فى البيع بالتقسيط ، أحياناً ، بالتأمين على المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصل عليه البائع عند فقد المبيع أو هلاكه. ويمثل بقاء المبيع أهمية معينة بالنسبة للبائع سواء لأنه يحتفظ بملكيته رغم وجوده فى حيازة المشترى أو لأنه يستطيع استرداده أثر فسخ البيع عند تخلف المشترى عن الوفاء .

٣- يقوم المدين ، أحياناً ، بالتأمين على حياته لصالح الدائن الذى يتمكن من استيفاء دينه من مبلغ التأمين إذا توفى المدين قبل السداد .

٤- ويمكن أن يتخذ التأمين صورة تأمين الدين ، حيث يتم التأمين ضد مخاطر اعسار المدين أو عدم قيامه بالسداد .

٥- يستطيع المستفيد من التأمين على الحياة الحصول على الائتمان ضمن بوليصة التأمين ، حيث يصبح لها قيمة فى ذاتها تتمثل فى الاحتياطى المكون من الأقساط المدفوعة . تضمن البوليصة للمقرض قيمة القرض ، ففى حالة عدم السداد يمكن للدائن الحصول على حقه من قيمة البوليصة .

يقوم المستأمن أحياناً برهن وثيقة التأمين على حياته لضمان حصوله على قرض ، بل قد يعمد الشخص ، عند حاجته إلى الاقتراض ، إلى ابرام وثيقة تأمين على حياته ليقوم برهنها إلى دائنه الذى يستطيع استيفاء حقه منها إذا توفى مدينه قبل تمام الوفاة .

ويختلف رهن وثيقة التأمين عن التأمين لمصلحة الدائن ، فالرهن يتمثل فى انشاء حق عينى تبعى للدائن على حق المستأمن المدين فى مبلغ التأمين ، أما الثانى فهو تأمين المقترض على حياته لمصلحة الدائن مباشرة .

٦- وعلى مستوى الجماعة تلعب رؤوس الأموال المجتمعة من الأقساط لدى شركات التأمين دوراً هاماً فى تدعيم الائتمان العام بالدولة ، حيث

يساعدها التأمين فى الحصول على ما تحتاجه من قروض من خلال توظيف الأموال المذكورة فى السندات العامة التى تصدرها [1] .

(د) التزام المدين بعمل أو الامتناع عن عمل :

يلزم الدائن مدينه ، أحياناً، بالقيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل ، وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادى التصرفات التى تسىء المركز المالى للمدين . وتلك الالتزامات متنوعة ومتطورة ، منها ما هو تقليدى ، ومنها ما هو مستحدث تمشياً مع مقتضيات الائتمان والتجارة . ولعل أبرز تلك الصور :

١- **شرط المنع من التصرف :** يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف فى الشئ مدة زمنية معقولة وذلك لباعث مشروع . فيمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن . يكون الشرط صحيحاً فى البيع الائتمانى مؤجل الثمن ، حيث لا شك فى مشروعية الباعث ألا وهو ضمان استيفاء الثمن وحث المشترى على الوفاء به ، ولا شك أيضًا أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل فى فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة.

يؤدى الشرط إلى بقاء المبيع فى يد المشترى إلى حين الوفاء بكل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع فى طلب الفسخ واسترداد المبيع فى حالة التخلف عن الوفاء بالثمن ، بل إن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذى اشترطه ، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف ، الحق فى فسخ العقد الأصلى الوارد فيه الشرط .

ويمكن أن يعاب ، مع ذلك ، على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه فى الثمن ، فهو يظل مهدداً بمخاطر اعسار المشترى ومزاحمة باقى الدائنين فى حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة ، وعلى ثمن المبيع خاصة اللهم إلا إذا

---

(١) أنظر مؤلفنا فى قانون التأمين ، الأسكندرية ١٩٨٥ .

تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن ، هذا بالاضافة إلى أنه إذا تعلق الأمر بمنقول وتسلمه شخص حسن النية كان له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية (١) .

٢- يمكن أن يشترط الدائن المرتهن على الراهن عدم التصرف فى العقار المرهون قبل حلول أجل الدين ، وذلك زيادة فى ضمانه .

٣- تلجأ البنوك ، أحياناً ، إلى اتخاذ بعض الاحتياطات التى تزيد من قدرة المدين على الوفاء بالتزامه . مثال ذلك الاشتراط على المقترض عدم التصرف فى عقاراته أو رهنها ، وعدم الدخول فى شركة ، وعدم رهن محله التجارى ، عدم الاقتراض ، ومنع الشركة المقترضة من توزيع أرباح خلال مدة معينة حتى تصل احتياطاتها إلى حدٍ معين .

(هـ) حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه :

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة المدين ، إلا أنه ليست لديه الوسائل اللازمة لمعرفة عناصر هذه الذمة على وجه الدقة ، والبصر بما قد يقوم به المدين من تصرفات لاضعاف هذا الضمان ، ولا شك أن كل اجراء للتحرى أو التدخل من جانب الدائن يعد أمراً متعارضاً مع حرية المدين وسرية أعماله ونشاطه المهنى وحساباته المصرفية . لذلك فإن حق الدائن فى الاطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يثير كثيراً من التحفظات رغم أنه أصبح ضرورة ملحة فى الوقت الحاضر ، وخاصة ، على ضوء تطور نظم المعلومات .

يحاول الدائن عن طريق الاتفاق أن يرتب لنفسه حق الاطلاع على ذمة مدينه ، وحق رقابة التنفيذ المنتظم لالتزاماته . وقد يستعين الدائن بالمتخصصين فى البحث والتحرى لتزويده بالمعلومات اللازمة لذلك . ولا شك إن تدخل الدائن فى شئون مدينه له طبيعة استثنائية ويثير العديد من التحفظات ، إلا أنه يمكن اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية التى تهدف إلى تجنب اختفاء أموال

---

(١) أنظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ٢٠٠٠ ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .

المدين . ويتحفظ القضاء كثيراً فى هذا الصدد حيث ينطوى الأمر على انتهاك السرية والحد من أهلية المدين [١] .

ولعل من أهم التطبيقات تعيين البنك مراقباً لدى الشركة المدينة وتخويله حق حضور جلسات مجلس الادارة والاطلاع على كل التصرفات والمستندات الخاصة بالشركة . ولكن حق الاطلاع المقرر للدائن ، سواء كان قانونيًا أو اتفاقيًا ، لا زال محدوداً .

(و) الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان) :

نشأ هذا الضمان وتطور فى العلاقات الدولية والداخلية ، حيث يلتزم البنك ، بناء على طلب عميله ، بأن يقدم للمستفيد مبلغًا من النقود عند الطلب . يتسم هذا الضمان بالاستقلال حيث يلتزم الضامن بتنفيذ التزامه مهما كانت اعتراضات معطى الأمر المستمدة من العقد الأصلى بينه وبين المستفيد . يتطلب المشترى أو صاحب العمل ذلك الضمان لضمان حسن التنفيذ ، ويتمثل ذلك عادة من جانب البنك فى صورة خطاب ضمان . هنا يتجنب الدائن أى مناقشة أو اجراءات قضائية قبل طلب الضمان ، حيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع . يستمد هذا الضمان فعاليته وقوته من استقلالية التزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين الأخير ومعطى الأمر ، وينتج عن ذلك عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى .

(ى) خطابات الثقة أو الطمأنينة :

تهدف هذه الخطابات إلى طمأنة الدائن عند منح الائتمان للمدين ، حيث يرسل الشخص خطاباً إلى الدائن بقصد تعزيز الثقة فى المدين ، يتعهد فيه فى عبارات عامة مطمئنة بأنه سيقوم ، عند اللزوم ، بمساعدة المدين على الوفاء أو حثه على ذلك . وتأخذ هذه الخطابات أشكالاً متعددة وتتفاوت فى

---

(١) Benezra, G. P. 1995, 211.

قوتها وطبيعتها ، ويتوقف ذلك على الصياغة المستعملة ، فقد نكونُ بصدد مجرد التزام أخلاقى أو التزام طبيعى أو مدنى ، وقد نكون بصدد التزام بغاية أو التزام بتحقيق نتيجة يتحول إلى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ .

مثال ذلك اصدار الشركة الأم خطاباً بهدف تسهيل حصول الشركة التابعة لها على الائتمان اللازم لها من أحد البنوك ، تتعهد الشركة بالسهر على قيام الشركة المقترضة بالوفاء بالتزاماتها وعمل اللازم نحو تحسين مركزها المالى . هنا تعتبر الشركة الأم ملتزمة مدنياً بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تنفيذه دفع مبلغ تعويض للدائن يعادل قيمة الدين (١).

---

(١) F. Perochon, Entreprises en difficulté, 1995, P. 216.

الفصل الخامس
ضمانات البيع الائتمانى

نعرض لماهية البيع الائتمانى ومدى جدوى الضمانات القانونية لحق البائع فى استيفاء الثمن ، ثم نتناول كل من البيع الايجارى والتأجير الائتمانى والبيع بالتقسيط وشروط الاحتفاظ بالملكية (١) .

المبحث الأول
ماهية البيع الائتمانى

(أ) تعريف :

البيع الائتمانى هو بيع عادى ينعقد صحيحًا ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة ، إلا أن أحد الأطراف يأتمن الآخر على ارجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر ، أى أنه يتم الاتفاق بين الأطراف على ارجاء أحد الالتزامات بغية تحقيق هدف معين ، فقد يتفق الأطراف على ارجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة، أو ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استكماله ، أو ارجاء تنفيذ نقل الملكية لحين استيفاء الثمن .

فالبيع الائتمانى بيع موجود وصحيح ، والأصل فيه أنه منجز ، إلا أنه يتضمن اتفاقًا على تأجيل تنفيذ التزام أحد المتبايعين . يوجد البيع الائتمانى فى كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع ائتمانيًا بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام . يكون البيع ائتمانيًا بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن مؤجلاً ، كله أو بعضه ، على الرغم من تسليم المبيع . ويكون البيع ائتمانيًا بالنسبة

(١) أنظر مؤلفنا شرط الاحتفاظ بالملكية ، الاسكندرية ٢٠٠٥ .

للمشترى إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشترى بسداد كل أو بعض الثمن ، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية .

يتضح من ذلك أن البيع الائتماني يوجد كلما ائتمن أحد الطرفين الآخر، أيًا كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من اعتبار البيع ائتمانيًا وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة . إن عقد البيع ، بطبيعته ، عقد فورى التنفيذ ، تتولد آثاره كاملة بمجرد انعقاده صحيحًا مستوفيًا أركانه وشروطه ، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقدًا ائتمانيًا نظرًا للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما يطوى عليه ذلك من مخاطر

(ب) أهمية البيع الائتمانى :

تطور البيع الائتمانى تطورًا ملحوظًا فى العصر الحديث وازدادت أهميته على كل من الصعيد الاقتصادى والقانونى حيث احتل مكانة بارزة فى معاملات الأفراد والمؤسسات سواء فى مجال الانتاج أو فى مجال الاستهلاك . فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدى إلى ازدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذى يتطلب جهدًا ووقتًا اضافيًا . لذا تزايد اهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتمانى الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب .

فالبيع الائتمانى ينطوى بلا شك على فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن ، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف امكانياته ، ويتمكن الثانى من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادى .ولكن الأمر ينطوى من جهة أخرى على كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد ، أمام اغراء الائتمان ، فى العملية التى تفوق امكانياته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذى يحاول الاحتياط ، فى

هذا الشأن ، من خلال الحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه . لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الائتمانى على شمول أحكامه لمصالح كل من الدائن والمدين بالائتمان بل والغير الذى قد يؤثر هذا البيع على حقوقه أو مركزه القانونى .

المبحث الثانى

الضمانات القانونية لحق البائع فى الثمن

البائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشترى عن السداد من جهة ويمكن أن يتعرض لمخاطر اعساره من جهة أخرى . لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانونى لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصور فيها التى أدت إلى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان الذى يمنحه البائع للمشترى .

إذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع ، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، الحق فى حبس المبيع ، إذا كان لم يسلمه ، حتى يستوفى الثمن ، ويمكنه المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع. ويستطع البائع ، بدلاً من ذلك ، الزام المشترى بأداء الثمن من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله ، وقد خوله المشرع ، فى هذا الصدد ، ميزه التقدم عن الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع . وقد تعرضنا من قبل للحق فى الحبس . والشرط المانع من التصرف. ونعرض فى هذا الصدد لكل من الشرط الجزائى والفسخ وحق الامتياز (١).

(أ) الشرط الجزائى :

يلجأ المتعاقدان فى البيع الائتمانى ، أحياناً إلى الشرط الجزائى كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه ، حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير

---

(١) أنظر مؤلفنا فى عقد البيع ، الأسكندرية ١٩٩٤ .

من المال يلتزم المدين بدفعه في حالة الاخلال بالالتزام. ولكن فعالية الشرط المذكور ، في أداء تلك الوظيفة ، تتضاءل أمام السلطة التي يتمتع بها القاضي في استبعاد تطبيقه أو تخفيضه ، حيث تقضي المادة ٢٢٤ بأنه « ١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً . إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وقد طبق المشرع تلك المبادئ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضي المادة ٢/٤٣٠ بأنه : « إذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ». وعلى ذلك فإن المدين بالأقساط قد لا يعبء بالشرط الجزائي لثقته في امكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التي تمثل الجانب الضاغط عليه ، خاصة وأن سلطة القاضي في هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعادها أو الحد منها .

أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائي لا يقي الدائن من مخاطر افلاس أو اعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين .

(ب) الفسخ وعدم جدواه في ضمان حق البائع :

إن حق البائع ، في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن ، في فسخ العقد واسترداد المبيع لا يشكل ضمانة كافية لاستيفاء حقه في البيع الائتماني للأسباب الآتية :

أولاً : لا يجوز الحكم باجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع إلا بعد ثبوت اخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن كليًا أو جزئيًا ، ويتحقق الاخلال بالنسبة للثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط ، ويتضمن البيع بالتقسيط في الغالب ، شرطاً مؤداه حلول باقي الأقساط في حالة التخلف عن دفع قسط ، ويكون للبائع الحق في المطالبة بكل الأقساط ، فإذا استمر

المشترى فى عدم الدفع ، جاز المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع .

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتمانى وغايته ، فالبائع يرمى إلى تنفيذ العقد لا انحلاله ، تحقيقًا لرواج نشاطه الاقتصادى، ومن ثم فإنه يحرص ما أمكن على استيفاء الثمن دون استرداد المبيع ، لا شك أن الفسخ يمثل سلاحًا تهديديًا لحمل المشترى على السداد ، إذا كان راغبًا فى الاحتفاظ بالمبيع ، إلا أن المشترى المتقاعس ، غالبًا ، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر ، وهذا ما لا يفضله البائع ، خاصة وأن أعمال الأثر الرجعى للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنرى .

ثانيًا : أن الفسخ لا يقع ، فى الأصل ، إلا بحكم من القضاء ؛ فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ، بل يستوجب الأمر عرض الموضوع على المحكمة ليتبين القاضى مدى الاخلال بالالتزام وهو يتمتع بسلطة تقديرية فى اجالة طلب الفسخ ، حقًا أن الأطراف يمكنهم تضمين العقد شرطًا صحيحًا فاسخًا من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له ، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة الشرط واضحة ولا تثير أى لبس حول مضمونه ومداه [١] .

ثالثًا : إن ملكية المبيع تنتقل ، فى الأصل ، إلى المشترى بمجرد التعاقد الصحيح ويصبح من حقه التصرف فيه ماديًا أو قانونيًا . يؤدى فسخ البيع إلى محو العقد وازالته بأثر رجعى . ويصعب اعمال هذا الأثر ، عملاً ، لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشترى قد أجراها على المبيع مما يستوجب ، فى كثير من الحالات ، تحول حق البائع فى الاسترداد إلى مجرد التعويض :

١- فقد يتصرف المشترى فى المبيع ماديًا باستهلاكه أو بتغيير حالته كتحويل الخشب إلى أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلى ملابس ، هنا يتعذر اعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض .

---

(١) أنظر مؤلفنا فى دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ ، الأسكندرية ١٩٩٥ .

٢- وقد يتصرف المشترى فى المبيع تصرفًا قانونيًا قبل أن يتقرر الفسخ ، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المتصرف إليه بحسن نية ، كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولا يتأثر حقه بالفسخ ولن يتمكن البائع من استرداد المبيع ولا يكون أمامه سوى التعويض .

وإذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشترى ، فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلى طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ ، مؤدى ذلك أن فسخ بيع العقار لا يسرى فى حق الغير الذى كسب حقاً على هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ . فإذا كان المشترى قد باع العقار وسجل المشترى الثانى حسن النية عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ فإن الملكية تبقى له ولا يكون أمام البائع الأول سوى الحق فى التعويض . وإذا كان المشترى قد رهن العقار إلى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ، فإن فسخ البيع لا يؤثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين إلى البائع الأصلى محملة بالرهن .

وينبغى الاشارة إلى أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقى الثمن ينفذ حكم الفسخ « فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله ، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لاحاطة الغير علمًا باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن واحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك » .

٣- وبالنسبة لعقود الادارة ، فالأصل أن أعمال الادارة التى يبرمها المشترى على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية ، ويعد من أعمال الادارة الايجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات ، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع .

رابعًا : يسقط حق البائع فى رفع دعوى الفسخ إذا قام دائنو المشترى بالحجز على العقار المبيع وبيعه بالمزاد العلنى ، حيث يؤدى ذلك إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ . لذا يجب على الدائن الحاجز اعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتى يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ ، فإذا أراد البائع أثناء

اجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق ، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة وبدون ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل ، وإلا سقط حقه فى الاحتجاج بالفسخ على من حكم بايقاع البيع عليه. وإذا رفعت دعوى الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت اجراءات التنفيذ على العقار [1] .

خامسًا : يسقط حق البائع ، بصفة عامة ، فى طلب الفسخ بمجرد الحكم بافلاس المشترى أو اعساره ، ولا يكون أمام البائع سوى الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام . ويختلف الأمر، بطبيعة الحال ، إذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى ، هنا يحتفظ البائع ، الذى لم يستوف الثمن ، بضماناته القانونية ، المتمثلة فى الحبس والاسترداد والامتياز . ويجوز للبائع استرداد المبيع المعين بالذات إذا رفع دعوى الفسخ قبل الافلاس ولو قضى له بالفسخ بعد الحكم بالافلاس .

(جـ) امتياز البائع :

إن البائع دائن بالثمن ويمكنه الزام المشترى بالوفاء به وذلك من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله . فالبائع ، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين ، يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشترى بما فى ذلك الشئ المبيع .

ينطوى هذا الطريق بالنسبة للبائع ، على قدر كبير من المشقة والمخاطرة ، حيث يقتضى الأمر منه عناء الدخول فى ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائى واجب النفاذ كسند تنفيذى يمكنه من التنفيذ على أموال المشترى . بالاضافة إلى بطء وصعوبة تلك الاجراءات يتعرض البائع لمخاطر اعسار أو افلاس المدين والدخول فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين . لذا خول المشرع البائع حق امتياز على المبيع لضمان استيفاء الثمن

---

(١) م ٤٢٥ مرافعات.

وملحقاته . ولكن امتياز البائع لا يؤمن حقه فى الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية :

أولاً : إن امتياز البائع لا يخوله التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائنين ، فحق البائع يأتى فى المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة (١) . وتتحدد مرتبة امتياز بائع العقار بعد ذلك ، طبقًا لوقت قيده . أما امتياز بائع المنقول فيأتى فى الترتيب بعد كل من (٢) امتياز المصروفات الزراعية وامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق (٣) .

ثانيًا : إن امتياز البائع لا يخوله ، بصفة دائمة ، سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه ، فقد تنتقل ملكية العقار المبيع إلى شخص آخر بموجب سند يطهره من الامتياز ، كنزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بيعه جبراً فى مزاد علنى حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار من الحقوق التى تثقله(٤). وينتقل حق البائع إلى التعويض المستحق فى الحالة الأولى وإلى الثمن الذى رسا به المزاد فى الحالة الثانية. ونفس الحكم فى حالة انتقال حيازة المنقول المبيع إلى شخص آخر حسن النية . فالبائع لا يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة المشترى الثانى الذى يستند إلى مبدأ الحيازة بحسن نية .

ثالثًا : يفقد البائع حقه فى الامتياز على المنقول المبيع فى حالة هلاكه (٥) . أو تغييره تغييراً تامًا على نحو يؤدى إلى فقد ذاتيته واضاعة معالمه، كتحول القمح إلى دقيق أو خبز وتحول مواد البناء إلى مبانى . ويبقى الامتياز إذا كان التغيير لا يؤدى إلى انعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه ،

---

(١) مثل امتياز المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وامتياز ديون النفقة .

(٢) وبعد حقوق الامتياز العامة بطبيعة الحال .

(٣) ولكن البائع يمكنه التمسك بامتيازه فى مواجهة المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان بحقه وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

(٤) م ٤٥٠ مرافعات .

(٥) وينتقل الامتياز كقاعدة عامة ، إلى مبلغ التعويض أو التأمين المستحق عن هلاك المبيع .

كتحول الخشب إلى أثاث ، والقماش إلى ملابس ، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بالتخصيص [1] . وإذا وضع المشترى المنقول فى العين التى يستأجرها أو ضمن أمتعته فى فندق ، لا يستطيع البائع التمسك بامتيازه فى مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كانا حسنى النية .

رابعًا : لا يسرى امتياز بائع المنقول الذى انتقلت حيازته إلى المشترى المفلس ، فى مواجهة الدائنين ، ولا يسرى امتياز بائع العقار فى مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مقيداً قبل صدور الحكم بشهر افلاس المشترى .

خامساً : إن اعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد والمشقة ، خاصة وأنه يوجد ، غالبًا ، فى حيازة المشترى ، مما قد يستوجب اتخاذ اجراءات الحجز التحفظى تفادياً لسوء نية الأخير .

المبحث الثالث
البيع الإيجارى

(أ) تعريف :

يفضل البائع ، أحيانًا ، افراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى، لمدة محددة ، فى صورة رابطة ايجارية ، أى أنه يتم اخفاء البيع فى صورة عقد ايجار ، ويسمى البيع ايجاراً . وهذا ما يطلق عليه فى الفقه البيع الايجارى ، أو الايجار الساتر للبيع .

يظهر البائع ، فى هذا الاتفاق ، كالمؤجر . ويبدو المشترى كالمستأجر. يتراضى الطرفان على انتقال الشئ محل التعاقد إلى المستأجر (المشترى) مباشرة للانتفاع به ، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفى الثمن المؤجل أو المقسط

---

(١) وإذا كان العقار الأصلى مرهونًا ، فإن امتياز البائع لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن حسن النية .

كاملاً . وتوصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة وليس ثمناً . يتفق المتعاقدان على انتقال ملكية العين إلى المستأجر تلقائيًا بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للمبيع . وحتى يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان ، فى بعض الأحيان ، على أنه يجوز للمستأجر ، فى نهاية مدة الايجار ، وبعد سداد الأقساط السابقة ، أن يعلن رغبته فى تملك الشئ ويدفع فى سبيل ذلك مبلغاً اضافيًا ، ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الأقساط المدفوعة .

ويجدر الاشارة إلى أن البيع الايجارى يتضمن ، غالبًا شرطاً مقتضاه، أنه إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد واسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه إما لكونه مقابل انتفاع أو تعويضاً عن الفسخ .

(ب) الحكمة منه :

يعد البيع الايجارى وسيلة اتفاقية لضمان حق البائع فى استيفاء الثمن ، فهو طريقة غير مباشرة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشترى ، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية :

أولاً : يحتفظ المشترى بالعين بوصفه مستأجر ، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها ، وإذا خالف هذا النظر اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات وتوقع عليه عقوبة التبديد ، ذلك أن عقد الايجار من عقود الأمانة. ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود ، ومن ثم لا يؤدى تصرف المشترى فى المبيع إلى تعرضه للعقوبة المذكورة ، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ١٠٧ من قانون التجارة إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط .

ثانيًا : يستطيع البائع باعتباره مؤجراً ، عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أو الأقساط المحددة ، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفه أجرة استحقها مقابل انتفاع الطرف الآخر بالعين . أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ ، فى حالة الفسخ ، برد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاً يستبقى البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ . ويعد هذا الشرط شرطاً

جزائياً ومن ثم يخضع ، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع لتقدير القاضى حيث يستطيع تخفيضه (1).

ثالثاً : يظل البائع ، بصفته مؤجراً محتفظاً بملكية العين ، ومن ثم يمكنه استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن ، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة ، وهو يأمن بذلك افلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن . ويمكن للمؤجر أن يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

أما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ واسترداد المبيع ، ولا يكون له سوى حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً ، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس ، ولا ينظر القضاء إلى مصلحة البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشترى عولوا على المبيع الموجود فى حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام .

(جـ) تكييف العقد :

ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث ، خاصة وأنه من المقرر أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى اتجهت إليها ارادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التى استخدماها أو بالتكييف الذى أسبغاه على العقد ، وإن التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وانزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

---

(1) طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ مدنى .

ذهب اتجاه إلى أن مثل هذا العقد يعتبر فى ذات الوقت ايجاراً معلقاً على شرط فاسخ وبيعاً معلقاً على شرط واقف ، وإن الشرط واحد فى العقدين وهو قيام المشترى بالوفاء بجميع الأقساط . فإذا تحقق الشرط بوفاء الأقساط انفسخ الايجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعى أى تنتقل الملكية إلى المشترى من وقت العقد . وقبل تحقق الشرط يكون الايجار نافذاً والبيع موقوفاً . وإذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ، وينفسخ الايجار مع احتفاظ المؤجر بالأقساط التى حصلها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية .

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفى على العقد وصفين متناقضين فى ذات الوقت ، حيث يصعب اعتبار العقد ايجاراً وبيعًا فى آن واحد نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين ، والقول بتحول الاتفاق إلى بيع أو إلى اجارة حسب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد .

يرى الفقه الفرنسى فى البيع الايجارى أنه ايجار مقترن بوعد البيع ، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين : للمؤجر والمستأجر . وقد يكون ملزماً لجانب واحد هو المؤجر حيث يجوز للمستأجر أن يبدى رغبته فى شراء العين المؤجرة خلال مدة الايجار . فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الايجار وإلى أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها .

ينبغى التفرقة ، فى الواقع ، بين البيع الايجارى والايجار المقترن بوعد بالبيع ، ذلك أن الأول تتجه فيه ارادة الأطراف حقيقة إلى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الأجرة المعلنة هى فى حقيقتها أقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين ، وبالوفاء بالأقساط (التى قد يضاف إليها مبلغ رمزى) تنتقل ملكيتها إلى المستأجر (المشترى) منذ بداية العقد . أما بالنسبة للايجار المقترن بوعد بالبيع فإننا نكون بصدد ايجار ابتداء وبيع انتهاء فى حالة ابداء المستأجر رغبة فى الشراء . وتنتقل الملكية إليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعى من وقت الايجار .

وقد أحسن المشرع المصرى بحسمه الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح

حيث قضى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ولو سمى المتعاقدات البيع ايجاراً [(١)]. وعلى ذلك فإن البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً على شرط ويرتب، من حيث المبدأ ، آثاره كاملة .

يتمثل جانب الائتما فى البيع الايجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق انتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة أخرى . وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية إلى المشترى بأثر رجعى أى منذ ابرام البيع . وهكذا يعتبر البيع الايجارى ، من حيث الأصل ، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ، ما لم تتجه بوضوح ارادة الأطراف إلى ابرام عقد ايجار حقيقة وفعلاً ، مع اقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة إذا ما رغب فى ذلك . ويخضع هذا العقد لأحكام الايجار دون البيع [(٢)] .

المبحث الرابع

التأجير الائتمانى أو التمويلى

يعد عقد التأجير الائتمانى أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان ، فهو وسيلة مستحدثة احتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة [(٣)] .

ويتمثل فى اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة ، عقار أو منقول ، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات ، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الايجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو اعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة .

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة إلى منقول أو

---

(١) فى المادة ٤/٤٣٠ مدنى .

(٢) ولا ينسحب عليه حكم الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى .

(٣) نظمه المشرع بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ . أنظر مؤلفنا فى قانون الايجار ، الاسكندرية ١٩٩٨ .

عقار لاستغلاله فى مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض ، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية . يقوم صاحب العمل بنفسه ، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى ، باختيار الشئ موضوع العقد ، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشئ ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبيًا مقابل أجرة معينة . ويكون المستأجر ، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة : رد الشئ ، تجديد استئجاره ، شراؤه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط ايجار . يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة : تمويل عملية شراء الشئ ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان ، الانتفاع به .

أطراف هذا الاتفاق ، فى الأصل ، ثلاثة ، الشركة المؤجرة أى المالكة التى تقوم بشراء الأشياء ، البائع أو المورد أو الصانع لها ، المستأجر الذى يقوم باستغلالها . ويمكن أن تنطوى العملية على أربعة أطراف : مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشئ محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره ، أى أننا بصدد ممول ، مالك مؤجر (مشترى) ، بائع ، مستأجر. ويمكن أن تنطوى العملية على طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشئ محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر ، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأسماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة .

لعل الطابع المالى هو السمة المميزة للتأجير الائتمانى حيث تقوم مؤسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجارى والمهنى ، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل على تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه واستثماراته . يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوى عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان(١) .

(١) P, Crocq, th. P. 99.

ويضاف إلى الجانب المالى الجانب القانونى المتمثل فى عملية شراء الشئ وتمكين الغير من استعماله مع الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، حيث نوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى آن واحد :

١- الشراء بقصد التأجير ،حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الايجار من المورد أو المصانع .

٢- الوكالة ، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الأشياء محل الايجار على كافة عناصرها من نوع وكمية وغير ذلك ، فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الأشياء وفقًا لاحتياجاته ، ومن ثم فهو الذى يقوم ، كفنى متخصص ، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشترى الذى يقوم بتمويل العقد .

٣- الايجار ، حيث يتم تأجير الأشياء المشتراه إلى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته . ويتميز الايجار هنا عن الايجار العادى بسمتين أساسيتين : الأولى ارتفاع الأجرة نسبيًا لأنه يراعى فى تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول . الثانية ، تحمل المستأجر كافة الأخطارالتى تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له .

٤- وعقد منفرد بالبيع أو باعادة التأجير فى نهاية مدة الايجار ، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر ، إذا أعلن عن رغبته ، بتملك الأشياء محل العقد أو باعادة استئجارها . فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد .

ولا يعنى احتواء التأجير الائتمانى لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته ، بل إننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون فى مجموعها تصرفًا قانونيًا واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الأعمال القانونية المكونة له .

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد ، فهناك اتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان ، واتجاه آخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث ، واتجاه ثالث يرى أننا أمام احدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية . واتجاه رابع يرى أننا أمام عقد

ايجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول.

ودون الدخول فى ذلك الجدل يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية للعقد موضوع البحث ، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان ، فالملكية تؤمن حق الممول فى استرداد المبلغ الذى دفعه فى تمويل عملية الحصول على الشئ محل التعاقد ، وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية ، وإن لم يظهر صراحة فى هذا الاتفاق ، إلا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الايجار ، ويلعب دوراً حاسماً فى قيامه وتحقيق أهدافه ، فالتأجير الائتمانى يعد ، فى جانب منه ، تعبيراً مقنعاً عن شرط الاحتفاظ بالملكية ، يظل المؤجر مالكاً للأشياء المؤجرة طوال مدة الايجار (١) ، ويكون له ، بالتالى ، الحق فى استردادها من تفليسة المستأجر (٢) . ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا اعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الأمانة .

المبحث الخامس
البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الائتمانى تتمثل فى البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على امهال المشترى فى دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط فى آجال محددة . فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل ، ويشيع ذلك بين التجار، فالمصنع

(١) وإذا اختار المستأجر تملك الشئ فى نهاية مدة الاتفاق ، فإن الملكية تنتقل إليه من تاريخ اعلان رغبته وذلك بخلاف الحال بالنسبة للبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حيث تنتقل الملكية فيه بقوة القانون بمجرد سداد الأقساط وبأثر رجعى دون حاجة إلى اعلان من جانب المشترى .

(٢) وبذلك يكون مركز المالك المؤجر ، فى مواجهة جماعة الدائنين ، أقوى من مركزه كبائع يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان ، حيث يرفض القضاء المصرى الاعتداد بالشرط المذكور ويفضل اعتبار المبيع أحد أصول المشترى المفلس .

يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين . ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع . أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً ، وينتشر بين التجار والمستهلكين في مجال السلع المعمرة ، كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والأجهزة .

ونظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادى والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة . نظم قانون التجارة المصرى البيع بالتقسيط [1] . يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار ، و من ثم لا يدخل ذلك البيع بالتقسيط الذى قد يتم عرضاً بين الأفراد العاديين . ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية .

وقد تضمن القانون بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخرى :

– إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن .

– وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالاضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى . ويقع باطلاً كل اتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك .

– الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى

---

(١) المواد ١٠٥ : ١٠٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وذلك بعد أن كان منظماً بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

ميعاد استحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

- لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا باذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

وللبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير اذن منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً .

- يعاقب المشترى عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين [١] . وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً .

المبحث السادس
شرط الاحتفاظ بالملكية

(أ) ماهيته :

يقترن البيع بالتقسيط ، غالباً ، بشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل . تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد ابرام العقد . ينشئ البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشترى ، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات ، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار .

(١) ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر ، (أ) من قانون الاجراءات الجنائية . ويتم

تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه ، حقاً أن البائع بمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين استيفاء كامل الثمن ، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى .

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على ارجاء نقل الملكية إلى أجل محدد . ينطوى هذا الاتفاق ، غالباً ، على ابقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن . يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى هذه الحالة، دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع ، ويكون البيع ، فى هذا الفرض، ائتمانيًا بالنسبة لكلا الطرفين ، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن، ويأتمن المشترى البائع على الملكية .

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على اضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين ، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية استقلالاً عن الوفاء بالثمن . أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن . ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على ابرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن .

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة ، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تخشى منافسته . والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها . ومن يبيع شيئاً مقابل التزام المشترى بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الأعمال . والبيع الذى يشترط فيه البائع ايراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة .

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى اتفاق آخر ناقل للملكية . مثال ذلك الشريك الذى يحفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم .

(ب) مشروعيته :

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقه الحديث أو القانون المعاصر .

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال فى يد من لا يملكه ، فيضلل بذلك الغير الذى يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك .

ولعل الاعتراض الواضح على شرط الاحتفاظ بالملكية جاء استناداً إلى الفقه الاسلامى حيث استنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذى من شأنه ، عند انعقاده مستوفيًا شروط صحته ونفاذه ولزومه ، أن ينقل الملك فى الحال من البائع إلى المشترى .

وحقيقة الأمر أن الفقه الاسلامى يميز بين أمرين : الأول اشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع مطلقًا . الثانى ، إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل . فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد باجماع الفقهاء ويقع باطلاً . أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً.

أجاز القانون المدنى صراحة الشرط المذكور بنصه فى المادة ١/٤٣٠ على جواز اشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفًا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم فى ظل القانون المدنى السابق . ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح اقتصادية

مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى ، ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لأجل محدد ، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام .

(جـ) مجاله :

إن شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه فى كل من بيع المنقولات والعقارات . ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور فى بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن ، لذا يحرص البائع على ارجاء هذا الأثر ضماناً لاستيفاء حقه .

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل اجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار . وغالباً ما يتم الاتفاق بين المتبايعين على ارجاء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن. وهذا الاتفاق ضرورى لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن ، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لأن شرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً فى امتناعه عن التنفيذ . حقاً أن البائع يستطيع ، ولو لم يوجد اتفاق عل تعليق التسجيل على سداد الثمن ، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى اثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالامتناع عن التنفيد لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن ، ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع، فى حالة عدم وجود اتفاق ، كما هو معلوم ، لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية فى التنفيذ الذى عبرت عنه المادة ١٤٨/١ مدنى . ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما إذا كان ما لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه .

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء

من دفع كل الثمن أو اتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية ، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن اتمام اجراءات التسجيل فى حالة ما إذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه .

ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية فى بيع المنقولات المعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد بل يلزم الافراز ، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الاجراء على استيفاء حقوقه . وبفرض قيام البائع بافراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن ، فإنه يلجأ إلى وسائل أخرى لضمان حقه دون شرط الاحتفاظ بالملكية الذى لا يتفق غالبًا وطبيعة هذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتها وامكان الحصول عليها دائماً من الأسواق ، وهى غالباً ما تكون أشياء قابلة للاستهلاك ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها مادياً أو قانونياً ، كالطعام والوقود والحبوب والمنسوجات ، ومن ثم يتنافى شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصل عليها المشترى .

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية ، كمن يبيع الحق فى براءه الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان استيفاء حقوقه . ولعل التطبيق البارز فى هذا المجال يتمثل فى بيع المحل التجارى ، وهو منقول معنوى ، مع الاحتفاظ بملكيته . وينبغى ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون اجراءات معينة لهذا الانتقال(١) .

لعل تأخير اتمام اجراءات نقل الحق المعنوى يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشترى مما يغنيه عن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يقل وجوده فى هذا النوع من البيوع .

---

(١) تعبر المادة ٨٦ مدنى عن ذلك بقولها : « الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

يتضح من كل ما سبق أن المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع منقول معين بالذات .

(د) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الألمانى :

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى الألمانى ، يبرز الشرط الفصل الجوهرى ، داخل نطاق كل بيع ، بين العقد المنشئ للالتزامات المتبادلة من جهة ، والتصرف المجرد الناقل للملكية (العقد العينى) من جهة أخرى . وبالرغم من أنه يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية عادة فى العقد الملزم (الأول) الذى ينعقد باتاً وبسيطاً ، فإن هذا الشرط ، الذى يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ، ينحصر تأثيره فى التصرف المجرد الذى لا يكون باتاً بل موصوفًا بالشرط . وينتج عن ذلك تعلق الشرط ، فى ذات الوقت بكل من قانون الالتزامات ، وقانون الأموال وقانون التأمينات . ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه إلا من خلال الاطار المتكامل الذى يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الاطار ، يعد الشرط جزءاً من نظام قانونى مترابط .

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجارى، فهو يأخذ ، فى الواقع ، انطلاقًا من وظيفته الاقتصادية ، مكانة بارزة ، إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان ، بين مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته ، لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها ، إذا وردت على منقول مادى ، لا تقتضى تخلى المدين عن حيازته ، ولا تستلزم ، إذا وردت على حق، اعلان المدين به . لا تخضع تلك التأمينات لأى من اجراءات الشهر الخاصة باعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار متخيلة فى حالة الافلاس والتسوية القضائية . وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازى ورهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدنى فى المواد ١٢٠٤ ، ١٢٧٩ وما بعدها .

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور فى ألمانيا، بعيداً عن النصوص[1] .

---

(١) B. Soinne, R. T.D.C. 1996, P. 441.

فهى مستوحاة لاجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف ، عبر السنين ، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضرورات الائتمان ، وتصورات رجال العمل والقائمين على تحرير التصرفات القانونية ، ورود فعل القضاء منها . ويأخذ كل نوع من أنواع هذه التأمينات ، فى الوقت الراهن ، العديد من الصور . وينطبق ذلك ، بطبيعة الحال ، على شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يأخذ أحياناً شكلاً بسيطاً ، وأحياناً أخرى شكلاً ممتداً ، وأحياناً ثالثة شكلاً متسعاً . ويرد نقل الملكية على سبيل الضمان ، أحياناً ، على مال محدد . ويرد كذلك على مخزون من البضائع متغير المحتوى ، ويقبل بدوره الاتساع والامتداد شأن شرط الاحتفاظ بالملكية .

والواقع أن هذه القائمة المثيرة تدل على جانب من عبقرية القانون الألمانى وما يتمتع به رجال العمل ، فى هذا البلد ، من قدرة خاصة على جعل كل قيمة اقتصادية ممكنة أداة ائتمان . وباستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه فى المادة ٤٥٥ مدنى ، ينبغى ، فى الواقع ، ادراك أن كل الأنواع الأخرى للتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته تستمد مبدأ صلاحيتها مما استقر عليه العمل القضائى ، وأصبحنا بالتالى أمام قاعدة عرفية أى أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفى ، وكشأن أى مسألة ينظمها العرف ، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية ، فإنها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين . أضف إلى ذلك أن هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر أحياناً ، وتتواكب فيما بينها أحياناً أخرى ، ويندرج بعضها تحت لواء الآخر أحياناً ثالثة ، ويقوم نوع من التنازع بينها أحياناً رابعة على الأموال أو القيم المثقلة بها ، مثال ذلك التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية الموجود على البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية على سبيل الضمان الوارد على موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة . والتنازع بين الحوالة الاجمالية للحقوق لأحد البنوك وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد أى الذى يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التى ستولد عن اعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها ، للغير .

ويمكن القول اجمالاً ، مع ذلك ، بقيام نوع من التنسيق السلمى بين مجال اعمال كل من التأمينات السابقة ، فنقل الملكية على سبيل الضمان يستخدم ، بصفة أساسية ، فى ضمان الائتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية ، إلى جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخرى وبصفة خاصة التأمينات العقارية . ويستخدم شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الائتمان الممنوح من الموردين لعملائهم . أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فتغطى بطريقة متفاوتة هذين النوعين من الائتمان اللذين يغذيان الاقتصاد الألمانى . ولا ينبغى أن يتبادر إلى الذهن تناقص حجم ائتمان الموردين فى ألمانيا، فهو يشهد ، على العكس ، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة . وتقل ، بالتالى ، أهمية الوفاء النقدى لثمن البضاعة ، إلا أن الوفاء يتم بطريقة منتظمة ، وعلى نحو أسرع مما هو معهود فى فرنسا مثلاً .

وينتج عن هذه الظاهرة الازدهار الواسع لشروط الاحتفاظ بالملكية وتشجيع ابرام العقود عن طريق تبنى الشروط العامة التى يضعها أحد الطرفين ، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد ، ويتضح من العمل أن كل المهنيين (صناع ، تجار جملة أو تجزئة ، مقاولون ، حرفيون) ، الذين يسلمون بضائعهم قبل استيفاء الثمن ، يحتفظون بملكيتها لحين استيفاء كامل حقوقهم . ومما لا شك فيه أن المراكز الاقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ ، فهى تختلف بحسب صفة كل من البائع والمشترى من جهة وبحسب طبيعة الأموال والبضائع المبيعة والأغراض المخصصة لها من جهة أخرى ، وينتج عن ذلك بالضرورة تعدد واختلاف صور نشاط الاحتفاظ بالملكية فى العمل ، يستجيب الشرط ، فى صورته البسيطة ، للمراكز الاقتصادية السهلة أو الأولية . وتبدو الحاجة إلى تعميق الشرط ومد نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشترى إلى التصرف القانونى أو المادى فى الأموال المقدمة أساساً على سبيل الضمان .

(هـ) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى :

حاول المشرع الفرنسى الاستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة

واللحاق بالركب الأوربى بصفة عامة ، جاء قانون ١٢ مايو ١٩٨٥ (م٢/١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال اقرار نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس . صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة أثر جدل حاد بين أنصاره وخصومه .

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الامتياز المميز دون شهر على حساب باقى الدائنين العاديين بل وحتى الخزانة العامة والتأمين الاجتماعى ومنظمات تأمين الأجور . أن نفاذ الشرط ، طبقاً للتعديل السابق ، من شأنه أن يدفع البنوك إلى تفضيل منح الائتمان للمشروعات الموردة على حساب الائتمان الممنوح للمشروعات المشترية التى ستفقد ، بالتالى ، كل أنواع الائتمان ما عدا ذلك الممنوح لها من الموردين ، ويستتبع ذلك نمو الائتمان فيما بين المشروعات والذى يعد أحد عوامل التضخم . بل إن الرغبة فى انقاذ المشروعات المتعثرة ، كهدف رئيسى للتعديل التشريعى ، تصبح مهددة باعمال الشرط نفسه حيث يترتب على قيام البائعين باسترداد البضائع نفاذ الجزء الأكبر من عناصر الجانب الايجابى للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية ، ويستتبع ذلك ، بالضرورة ، فى أغلب الأحوال ، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به ، أى أننا نصبح ، طبقاً لتعبير الفقه ، أمام « افلاس الافلاس » .

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الألمانية زودت أنصار التعديل التشريعى بالحجج الكافية للدفاع عن موقفهم . إن الحماية القوية التى يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية ، بعد التعديل ، للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار فى توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم أجالاً أطول للسداد ، مما يقى هؤلاء مغبة الوقوع فى هاوية الافلاس ، لن يحتاج البائع ، بعد ذلك ، إلى الأخذ فى حسبانه ، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد ، مخاطر افلاس المشترى ، ويستتبع ذلك بالضرورة انخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه ، أضف إلى ذلك أن أعمال الائتمان وتداوله سيشهد تحسناً ملحوظاً .

ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لائتمان المورد ، يقوم البائع بسحب كمبيالة على المشترى ويقدمها للخصم لدى البنك الذى يتعامل معه . تتسم هذه الطريقة ، فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالاقتراض للبيع ، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم ، وبالنسبة لائتمان المشترى القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى اعماله إلى تمكين المشترى ، فى أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه ، الذى بحلوله محل البائع فى استيفاء حقه ، يستطيع طلب استرداد البضاعة طبقاً للشروط التى يحددها القانون ، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه ، وينبغى عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة واعادة بيعها ، ويفضل البنك ، تفادياً لمشقة تلك الاجراءات ، توكيل عميله فى القيام بها مع التزامه برد ثمن اعادة البضاعة للبنك[1] .

(و) طبيعة الشرط :

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات فى العلاقة بين البائع والمشترى سواء فيما يتعلق بالمركز القانونى للمبيع ومصير عناصر حق الملكية قبل الوفاء بالثمن ، ومدى أحقية البائع فى استرداد المبيع فى حالة عدم استيفاء الثمن وامكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية . تبدو الصعوبة الحقيقية فى حالة افلاس المشترى ، ومدى أحقية البائع فى التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين . رفض كل من القضاء الفرنسى والمصرى نفاذ الشرط فى هذه الحالة ، أى أن القضاء فضل مصلحة الجماعة على مصلحة البائع انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهرى القائم على وجود المنقول فى حيازة المدين .

أدى موقف القضاء من الشرط إلى اضعافه والتقليل من فعاليته فى أداء دوره كأداة ضمان ، بصفة خاصة فى حالة الافلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن . عزف الأفراد ، والموردون خاصة ، عن الركون إلى الشرط فى

---

(١) Ghestin et Desche, la vente, n. 589.

تعاملهم وقلت ، بالتالى ، قيمته كعنصر ائتمان . تم اللجوء إلى الاحتفاظ بالملكية ، بطريقة غير مباشرة ، من خلال اضفاء وصف آخر على العلاقة كالايجار البيعى والتأجير الائتمانى . يرفض القضاء ، غالباً مثل هذا الوصف ، بل أن المشرع نفسه قد نص صراحة على اعمال حكم البيع بالتقسيط على العلاقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً (١) . لذا ثار التساؤل عن مدى كفاية وجدوى الضمانات الاتفاقية الأخرى المتعارف عليها إلى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع .

أن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصاد فى العصر الحديث ، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادى بصفة عامة . ويكشف الشرط المذكور أيضا ، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان ، بالاضافة إلى مفهومها الأساسى كحق عينى أصلى يخول صاحبه مكنات محددة ، ازاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من جهة وضمان حق البائع ازاء مخاطر اعسار أو افلاس المشترى من جهة أخرى .

ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية تنبع ، بالاضافة إلى طبيعته التعاقدية ، من طابعه الائتمانى ، فهو وان تميز ، من الناحية الفنية ، عن التأمين العينى ، إلا أن جوهره يكمن فى احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن ، ومن ثم لا يمكن اغفال نية الأطراف فى هذا المقام ، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند افلاس المشترى دون الدخول ضمن جماعة الدائنين . أصبح استعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطاً بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز أو الفعال ، وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرةعامة تتمثل فى نمو التصرف الائتمانى ككل ، وتوظيف

---

(١) (م٤/٤٣٠) مدنى .

الملكية فى دور جديد كوسيلة ضمان، ويبدو ذلك بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان . ويكفى الاشارة ، فى هذا المقام ، إلى الأوراق التجارية التى أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً ، بالنسبة لها ، عن التظهير على سبيل الضمان . وبدأ التكييفات التقليدية فى التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة .

(ى) حكم الشرط فى القانون المصرى :

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف ، إلا أن الاحتجاج به على الغير كان ، ولا يزال ، يصطدم ببعض العقبات ، خاصة فى حالة افلاس المشترى . كان القضاء يرفض امكانية استرداد البائع للبضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها ، فى حالة عدم استيفاء ثمنها ، بعد الحكم بشهر افلاس المشترى . يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشترى . ويؤدى ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التى دخلت للمشترى حديثًا ، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط ، بثمن بخس ليوزع غالبًا على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك ، بطريق غير مباشر ، فى سداد الديون العامة (ضرائب وتأمينات ...) المستحقه على المشترى .

من هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة إلى المشروعات المتعثرة واحجام الموردين عن ذلك مما استتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع فى هاوية الافلاس على التوالى وبطريقة تلحق الاضرار بالاقتصاد القومى .

نفضل لكل ذلك ، الابقاء على شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة عملية ومتعارف عليها فى العلاقات التجارية وينظمها الأطراف والعرف التجارى طبقًا لمعطيات التعامل واحتياجاته وما يتم به من مرونة وتطور . فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع فى ضمان حقه فى الثمن ومصلحة المشترى فى الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجارى ، ولكن مصلحة دائنى

المشترى هى التى تظل موضع تساؤل .

يستوجب الأمر فى رأينا ، اضفاء قدر أكبر من الفعالية على شرط الاحتفاظ بالملكية كى يقوم بأداء دوره فى تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجارى ويصبح أداة ائتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان .. ويغنى الأفراد عن البحث عن وسائل أخرى لضمان حقوقهم ، صريحة أو مقنعة ، كالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى ، والايجار المقترن بوعد البيع .. ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس . يتطلب الأمر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أى الوصول إلى ضملن حقه دون المساس بالائتمان الظاهرى للدائنين .

ونعتقد أن الوسيلة المناسبة هى تطلب الكتابة ثابتة التاريخ ، أى أنه يلزم ، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى ، وجود اتفاق كتابى على الشرط ، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة . لا يلزم ثبوت الكتابة فى محرر رسمى بل يكفى مجرد ورقة عرفية ، وذلك لمنع تحايل المشترى إضراراً بحقوق دائنيه . ويمكن اعلام المتعاملين مع التاجر من خلال الزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، فى سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الاطلاع عليه مع تقدير الجزاء المناسب على مخالفته هذا الالتزام . ولعل اهدار الثقة فى التاجر المخالف، أو غير المنتظم فى اجراء القيد ، أثر توقيع الجزاء عليه ، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام .

إن اشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدنى فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير ، إلا أنه يخالف ما هو مستقر فى القانون التجارى ، لعل خطورة آثار نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء الذى ، وإن شكل قيداً على حرية التعامل ، إلا إن فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الائتمان التجارى . ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة فى المعاملات التجارية نظراً لأن المادة ١٥ من قانون الاثبات ذكرت وسائل اثبات التاريخ على سبيل المثال لا

الحصر، ويستطيع القاضى أن يعتد بأى امارات قاطعة الدلالة على حقيقة تاريخ المحرر العرفى ويستند فى ذلك إلى وقائع قاطعة حتى لا يُخل بالحماية التى كفلها المشرع للغير .

وبناء عليه يمكن اضافة نص فى القانون التجارى ، أو فقرة جديدة فى المادة ٣٧٩ منه ، لتقرير نفاذ حق البائع ، قبل جماعة الدائنين ، فى استرداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها ، وأحقيته فى حالة تصرف المشترى فيها ، فى الحصول على ثمنها أو المتبقى منه فى ذمة المتصرف إليه ، ولعل الصياغة تكون « يجوز استرداد البضاعة التى اشترط البائع ، فى محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها ، الاحتفاظ بملكيتها ، إذا ظلت على حالتها العينية . وإذا تم التصرف فى البضاعة جاز استرداد ثمنها أو المتبقى منه لدى المتصرف إليه» .

هذا الاقتراح الذى خلصنا إليه فى بحثنا عام ١٩٩٤ تبناه المشروع فى قانون التجارة الجديد رقم ٧ لعام ١٩٩٩ بنصه فى المادة ٢/١٠٦ على أنه مع عدم الاخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الافلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على اجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع . ولعل النفاذ هنا يعنى امكان استرداد المبيع أو استيفاء ما تبقى للبائع من ثمن من قيمة المبيع أو من حصيلة التصرف فيه ، وذلك بالأفضلية على الدائنين الآخرين .

الباب الثانى
الكفالة

نقسم دراستنا فى الكفالة إلى فصول ثلاثة نعرض فيها على التوالى لكل من : تعريف الكفالة وخصائصها ، أركان الكفالة ، آثار الكفالة .

الفصل الأول
مفهوم الكفالة وخصائصها

نعرض فى هذا الفصل للموضوعات الآتية على التوالى : تعريف الكفالة وتطورها ، خصائص الكفالة ، تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة ، أنواع الكفالة .

المبحث الأول
تعريف الكفالة وتطورها

(أ) الكفالة فى القانون :

يعرف المشرع الكفالة بقوله : الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه (١)، فالكفالة عقد يبرم بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل دون حاجة إلى رضاء المدين بذلك مقدمًا ، يتعهد الكفيل فى هذا العقد للدائن بأن يفى بالتزام معين إذا لم يف به المدين نفسه . فالكفيل يلتزم مباشرة قِبل الدائن بأن يضمن تنفيذ الالتزام الأصلى بين الدائن والمدين ، والكفالةَ يمكن أن ترد على أى التزام مهما كان نوعه ، ما دام يمكن تقديره نقداً أو ما يترتب على عدم تنفيذه كالحكم بالتعويضات . ويحتفظ الكفيل بحقه فى الرجوع على المدين بالدين الذى أداه للدائن(٢) .

فالكفالة عقد يلتزم فيه الكفيل بالضمان قِبل الدائن ، أى أن طرفى عقد الكفالة هما الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفًا فيه ، لذا فهى يمكن أن تنشأ دون تدخله أو علمه (٣) ، بل يمكن أن تنشأ رغم معارضته لأنها

---

(١) م ٧٧٢ مدنى .

(٢) السنهورى ص ١٩ .

(٣) وقضى بأن نص المادة ٤٩٥ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٧٧٢ مدنى جديد، =

لا تلزمه بشيئ ، ويقصد بها ضمان الوفاء بالتزام ترتب فى ذمته ، هذا الالتزام يسمى المكفول به ، ويقال للدائن المكفول له ، وللمدين المكفول عنه.

وتوجد الكفالة لضمان الوفاء بالتزام معين أيًا كان محله أو مصدره ، فقد يكون التزام باعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فيقوم شخص بكفالة تنفيذ التزام المقاول للعمل الذى تعهد به ، أو تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشيئ المبيع . وقد يكون مصدر الالتزام المكفول العقد أو الفعل الضار أو القانون مباشرة . وقد حكمت محكمة النقض تطبيقًا لذلك بأنه ليس هناك ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما ، بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر فى حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به ، فعقد الكفالة ينعقد بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنًا للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما .

والكفالة هى التزام الكفيل بأن يضمن للدائن الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين . وليس معنى ذلك إن التزام الكفيل معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين بالوفاء ، بل ان هذا الالتزام منجز وبات ويتولد فى ذمته نهائيًا منذ ابرام الكفالة ، وإنما يعنى ذلك القيد أن الكفالة ذات صفة تكميلية أو احتياطية لالتزام المدين ، فالكفيل لايلتزم بالدين الأصلى بالمساواة مع المدين به بل بالتبعية له ، بمعنى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد البدء بالتنفيذ على أموال المدين .

(ب) الكفالة فى الفقه الاسلامى :

يقصد بالكفالة فى الفقه الاسلامى « ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ليكون المكفول به أما نفس أو عين أو دين ، فالمضمون فى

=صريح فى أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين فسيان إن كان راضيًا بها أم غير راض . (الطعن رقم ٣ لسنة ٢ق – جلسة ١٩٢٣/٥/٤) .

الكفالة بالنفس هو احضار المكفول ، وفى الكفالة بالعين إما تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها ، وفى الكفالة بالدين أداؤه » .

يتضح من هذا التعريف أن الكفالة فى الفقه الاسلامى لها معنى جامع لكل صور الكفالة وعناصرها ، فالكفالة بالدين تعنى الالتزام بأدائه وهى الصورة العادية للكفالة الحديثة حيث تنضم ذمة الكفيل إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين ، والكفالة بالعين تعنى تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها ، وهى تقترب من الكفالة العينية التى يعرفها القانون الوضعى حيث تخصص عين معينة للوفاء بالدين ولضمانه ، وأخيراً الكفالة بالنفس ويقصد بها كفالة إحضار المكفول .

تقديم الكفالة أو الضمانة فى اللغة يعنى الالتزام وشرعاً ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عليه فى الوفاء مطلقاً سواء كان المكفول به ديناً أو عيناً أو وجهاً ودليل شرعيتها النص لقوله تعالى « قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » (١) ، وقوله تعالى «قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتننى به إلا أن يحاط بكم » (١)، وقوله عليه السلام « الزعيم غارم » (ولأن الرسول الكريم أقر كفالة أبى قتادة لدين على رجل مات وعليه ثلاثة دنانير) والكفالة لازمة لمصالح الناس للاستيثاق فيما كفل به »

والكفالة تتم ولا تتوقف على رضاء المكفول عليه فيكفى فيها رضاء الكفيل والمكفول له . ويجوز أن يقتصر ضمان الكفيل على الوفاء بالمكفول به من عين معينة بالذات ، وذلك لأن الكفالة تقبل الشرط الذى يتفق مع موجبها ، وموجب الكفالة هو الاستيثاق للوفاء بما كفل به واقتصار الضمان على عين معينة بالذات يؤكد ذلك ولا يتنافى معه .

والكفالة نوعان فهى إما أن تكون بالمال للوفاء بدين أو عين أو حق ، وقد تكون بالدين أو الوجه لاحضار شخص مطلوب حضوره ، وقد يكون حضوره

---

(١) الآيات ٦٦، ٧٢ من سورة يوسف .

للوفاء بالمال ، ولما كان الغرض من الكفالة الاستيثاق فيما كفل به ، فتصح كفالة المال فى المطالبة بعين مضمونه أو دين أو حق ، وتصح الكفالة بالبدن فى المطالبة باحضار شخص مطلقاً .

مؤدى ما سبق أن الكفالة فى الفقه الاسلامى لها صور ثلاث .

١- كفالة شخصية حيث تنضم ذمة الكفيل إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين .

٢- كفالة عينية بتخصيص مال مملوك للكفيل لضمان الوفاء بالتزام المدين .

٣- كفالة الوجه أو البدن أو النفس حيث يلتزم الكفيل باحضار شخص مطلوب احضاره سواء أمام القضاء أو للوفاء بالمال .

(جـ) معنى آخر للفظ الكفالة :

« قد يقصد بلفظ الكفالة مبلغ من النقود أو عدد من الأوراق المالية ، يسلمه شخص لآخر ، ليبقى لدى الثانى ضماناً لما قد يترتب فى ذمة الأول من مسؤولية ، ولاستيفاء الالتزامات التى قد تنشأ عنها . فكثيراً ما يشترط أصحاب الأعمال ، على المستخدمين عندهم فى أعمال تتطلب الأمانة ، كالمحصلين ، بأن يقدموا إليهم قيمة مالية معينة ، تبقى لديهم طيلة قيام علاقات العمل ، فتكون ضماناً لما قد يترتب فى ذمتهم من مسؤولية فى أثناء العمل المعهود إليهم . وقد يكون تقديم الكفالة بهذا المعنى واجباً بمقتضى نص القانون أو حكم القاضى . فتقضى قواعد المرافعات ، فى بعض حالات النفاذ المعجل ، على المحكوم له بأن يودع صندوق المحكمة من النقود أو الأوراق المالية قدراً مساوياً لقيمة ما يراد التنفيذ به حتى يضمن للمحكوم عليه ، فتسمى القيمة المالية فى هذه الحالات ، تأميناً أو كفالة ، ولكنها لا تعتبر كفالة بالمعنى القانونى الذى نقصده – والتى هى تأمين شخصى ، بل لا تعدو أن تكون تأميناً عينياً ، وعلى وجه التخصيص أقرب إلى أن تكون رهن حيازة ، وتخرج ، من ثم ، عن نطاق البحث الذى نحن بصدده » .

(د) التطور التاريخى للكفالة :

كانت الكفالة ، فى أول عهود القانون الرومانى ، مثل التضامن فى المديونية ، فقد كان الكفيل مثل مركز المدين المتضامن ، حيث كان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلى ، فهو فى مركز متساو مع المدين حيث إن ذمة كل منهما ضامنة للوفاء بالدين ، ومن ثم كان بوسع الدائن أن يرجع على أى منهما (الكفيل ، المدين الأصلى) بكل الدين .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً حتى استقلت فى مفهومها عن التضامن ، وأصبح مركز الكفيل مختلفاً عن مركز المدين الأصلى ، فهو مسؤول عن الدين بصفة تبعية أو احتياطية أى فى حالة عدم وفاء المدين الأصلى بالدين ، ويلتزم الدائن بالتنفيذ أولاً على أموال المدين الأصلى ، وإذا بدأ بالتنفيذ على ذمة الكفيل ، جاز لهذا الأخير أن يدفع بالتجريد ، كل ذلك ما لم نكن بصدد كفالة تضامنية حيث يستطيع الدائن فيها أن يرجع عل المدين الأصلى أو الكفيل المتضامن أيهما شاء .

والجدير بالذكر أن الكفيل فى الفقه الاسلامى يعتبر متضامناً مع المدين الأصلى فللدائن أن يرجع على أيهما شاء ، فالكفيل لا يملك حق التجريد ، ومن ثم فإن أحكام الكفالة تتمشى مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد . وتنص على ذلك المعنى المادة ٦٤٤ من المجلة بقولها « الطالب مخير فى المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل ، ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته للآخر ، وبعد مطالبته أحدهما ، له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً » .

المبحث الثانى
خصائص الكفالة

تتميز الكفالة بعدة خصائص هى أنها عقد ضمان شخصى ، وعقد رضائى ملزم لجانب واحد ، وتعد من عقود التبرع ، وأخيراً فهى عقد تابع.

ونعرض لتلك الخصائص بشئ من التفصيل :

(أ) الكفالة عقد ضمان شخصى :

فالكفالة عقد ضمان بمعنى أنها تضمن وفاء المدين بالدين ، فهى تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه ، فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن فى حصوله على حقه فيتحقق به الضمان .

وقد ازدادت أهمية الكفالة كوسيلة للضمان فى العصر الراهن بفضل تدخل البنوك والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروعات والأفراد للمساهمة فى عمليات الانتاج وتنشيط الاقتصاد القومى ، خاصة وإن هذا التمويل أصبح ضرورياً لأهميته وعدم قدرة الأفراد على تغطيته بمواردهم المحدودة . وتحتاج بيوت الائتمان إلى وسيلة لتأمين عودة أموالهم وتجنب خطر اعسار المدين ، وغالباً ما تكون الكفالة هى الوسيلة لتقديم هذا الضمان .

والكفالة تتميز أيضاً بالطابع الشخصى ، حيث يضيف الكفيل ذمته إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالدين ، أى أن الكفيل يضم ضمانه العام إلى الضمان العام للمدين . والطابع الشخصى للكفالة (الكفالة الشخصية) يميزها عن الكفالة العينية التى يقدم الكفيل فيها مالاً معيناً لضمان الوفاء بدين المدين ، وهو لا يضمن الوفاء بهذا الدين إلا فى حدود المال الذى قدمه تأميناً له .

وتكون الكفالة فى العادة كفالة شخصية حيث يضمن الكفيل الوفاء بالدين ، ويرد هذا الضمان على كل مفردات العنصر الايجابى فى ذمته المالية أى على كل أمواله ، أما الكفيل العينى فتنحصر مسؤوليته فى قيمة العين التى

قدمها تأميناً لحق الدائن ، أى أن مسؤوليته بضمان الدين المكفول تكون فى حدود المال المخصص لهذا الضمان .

(ب) الكفالة عقد رضائى :

تنعقد الكفالة بمجرد التراضى بين طرفيها : الكفيل والدائن ، ولا يشترط لهذا الانعقاد أى شكل خاص ، ولا يؤثر فى الطابع الرضائى لعقد الكفالة اشتراط المشرع المصرى ثبوتها بالكتابة ، إذ تنص المادة ٧٧٣ على أنه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة . فالكتابة هنا شرط للاثبات وليس للانعقاد . فالكفالة تخضع للقاعدة العامة فى ابرام العقود وهى الرضائية ، ويجوز اثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالاقرار واليمين .

(جـ) الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

ينشأ عقد الكفالة بين الدائن والكفيل فقط ، حيث يتعهد الكفيل فى هذا العقد أمام الدائن بضمان وفاء الدين إذا لم يف به المدين الأصلى . فالعقد يرتب التزاماً بالضمان على عاتق الكفيل [1] . أما الدائن فلا يلتزم عادة بشئ نحو الكفيل . لذا يقال بأن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل .

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : إذا اتفق المدين مع ضامنه فى الدين على أن يقوم الضامن بوفاء مبلغ الدين للدائن لم اتخذ الأخير الحجز العقارى ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن فى الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذاً لحكم صادر ضد هذا الأخير عن دين خاص به وتنفيذاً للحكم الآخر الصادر ضد المدين وضامنه عن الدين المضمون – وسواء أكان تصرف الدائن على هذا الوجه سليماً فى ذاته أو لم يكن كذلك – فإن هذا التصرف لا يرتب حقاً للمدين قبل الضامن طالما أن اجراءات الحجز العقارى لم تتخذ بسبب تقصير هذا الضامن فى الوفاء بالتزامه وما دام من الثابت قطعاً أن بعض الدين الذى كان الدائن يطلب البيع من أجله هو دين خاص بالمدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه القول بأن الضامن كان متفقاً مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع إذ ليس ثمت ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن فيه كشأن غيره من الراغبين فى الشراء (الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ س٨ ص٧٦٣) .

وليس معنى أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد أنها تصرف بالارادة المنفردة بل هى عقد لا يتم إلا بتبادل وتطابق ارادتى كل من الكفيل والدائن ، فالكفالة لا تتم بمجرد اعلان من جانب الكفيل وحده ، فإذا صدر ايجاب من الكفيل فإن العقد لا ينعقد إلا بعد صدور القبول من الدائن.

وإذا كان الأصل إن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، إلا أنه إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل فى نظير كفالته للدين ، فإن الكفالة تصبح عقداً ملزماً للجانبين ، حيث تنشأ عنه التزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن والكفيل ، هذه الالتزامات المتقابلة يرتبط بعضها ببعض بحيث يعتبر كل منها سبباً لقيام الالتزام المقابل .

وإذا تمثل المقابل الذى يدفعه الدائن للكفيل مقابل كفالته للدين فى مبلغ من النقود ، فإن الشك يثور حول طبيعة هذا العقد ، هل يظل كفالة ؟ أم أنه ينقلب إلى عقد تأمينى خطر اعسار المدين ؟

لا شك أن الأمر مرجعه قصد المتعاقدين الذى يتضح من عبارات العقد ومضمونه . فإذا اتجه قصد الطرفين إلى أن المبلغ الذى يدفعه الدائن هو مقابل تعهد الكفيل أو الضامن بتأمينه من خطر اعسار المدين أو عدم وفائه بالتزامه ، وتعويضه عن الضرر الذى يلحقه من جراء ذلك ، فإن العقد يصبح صورة من التأمين أو بمعنى أدق تأمين الائتمان ، وهو فى هذه الحالة عقد أصلى واحتمالى ، وليس عقداً تابعاً ومحدداً لأنه تأمين وليس كفالة .

أما إذا اتجهت ارادة الأطراف إلى أن الكفيل يقتصر دوره على التعهد بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم هذا بوفائه ، فإن العقد يظل كفالة ، ولا ينفى عنه هذه الصفة دفع مبلغ من النقود مقابلاً للكفالة .

ويمكن أن يشترط الكفيل على الدائن ، عند ابرام الكفالة ، بعض الاشتراطات لمصلحة المدين أو الغير ، كاشتراط منح المدين أجلاً أوسع للوفاء بالدين أو اشتراط زيادة مقدار القرض له . فى هذه الحالة تكون الكفالة ملزمة للجانبين فى صورة اشتراط لمصلحة الغير ، حيث يتعهد الدائن فى مواجهة الكفيل ، مقابل كفالته للدين ، بأداء معين لمصلحة المدين الذى يعتبر من

الغير بالنسبة للعقد ، إلا أنه مشترط لمصلحته أى مستفيد من عقد الاشتراط .

ويمكن أن يلتزم المدين بدفع مبلغ معين للكفيل مقابل كفالته له ، ويتحقق ذلك عندما يقوم البنك بكفالة المدين من خلال تقديم خطاب ضمان ، ويتقاضى أجراً على ذلك . فى هذه الحالة تظل الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد ، لأن الكفيل (البنك) هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذى لا يلتزم بأى شئ ، فالمدين هو الذى يدفع المقابل للبنك ، وهذا المدين ليس طرفاً فى الكفالة .

ويفرض القانون المدنى عدة التزامات على عاتق الدائن كاتخاذ اجراءات مطالبة المدين بالدين فى الوقت المناسب ، والالتزام بالمحافظة على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول به ، والالتزام باتخاذ الاجراءات ضد المدين إذا أنذره الكفيل ، والتزامه بالتقدم فى تفليسة المدين . ليس من شأن هذه الالتزامات أن تجعل من الكفالة عقداً ملزمًا للجانبين لأنها مجرد شروط اشترطها القانون لرجوع الدائن على الكفيل بالدين المكفول به ، هذا بالاضافة إلى أن هذه الالتزامات ليست سبباً لالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين ، والعقد الملزم للجانبين هو العقد الذى تنشأ عنه التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها على نحو يعتبر كل منها سبباً لقيام الالتزام المقابل .

ونفس الحكم بالنسبة للالتزامات التى تنشأ على عاتق الدائن بعد أن يستوفى حقه من الكفيل ، فالدائن يلتزم بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع على المدين وأن يتخلى له عن المنقول المرهون أو المحبوس ضماناً لنفس الدين ، ويلتزم كذلك بالقيام بالاجراءات اللازمة لنقل التأمين العقارى إذا كان الدين المكفول مضموناً فى نفس الوقت بتأمين من هذا النوع .

إن مثل هذه الالتزامات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة وتجعله عقداً ملزماً للجانبين لأنها لا تنشأ عن عقد الكفالة نفسه ، وإنما تترتب على وفاء الدين كواقعة لاحقة لابرام عقد الكفلة ومستقلة عنه ، ولا تعتبر سببًا لالتزام الكفيل. ومن المسلم به إن تحديد طبيعة العقد يرتبط بما ينشأ عنه من التزامات عند ابرامه .

(د) الكفالة عقد تبرع :

الأصل فى الكفالة التبرع ، ويصح أن تكون بأجر . فإذا أطلقت الكفالة فإنها تكون تبرعاً ولا يستحق الكفيل أجراً عنها . ويمكن أن يشترط الكفيل أجراً لأنه معرض لأن يفى عن المدين دون الرجوع عليه كما إذا كان مفلساً أو معسراً . كما أن العرف قد جرى بذلك تيسيراً على الناس فى معاملاتهم.

والكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل فى مواجهة المدين ، فالكفيل يتبرع عادة باسداء خدمة للمدين ، وهو لا يأخذ مقابلاً لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين . وتعتبر الكفالة فى نفس الوقت عقد معاوضة بالنسبة للدائن لأنه يحصل عليها فى مقابل اعطاء الدين ، فليس هناك ما يمنع من اعتبار العقد معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر .

وتصبح الكفالة عقد معاوضة إذا تقاضى الكفيل مقابلاً فى نظير كفالته من المدين أو من الغير ، وتزداد هذه السمة فى العصر الحاضر مع هيمنة الطابع المادى على المدنية الحديثة وتطور النشاط الاقتصادى والمعاملات التجارية وازدهار العمليات المصرفية ، فأصبح الكفيل يحصل عادة على مقابل لكفالته .

ويترتب على صفة التبرع فى الكفالة عدة نتائج :

١- يشترط لصحة الكفالة أن تتوافر فى الكفيل أهلية التبرع[١] ، فلا يكفى فيه أن يكون أهلاً للتصرف ذا ولاية وإنما يتعين أن يكون أهلاً للتبرع ، فلا تصح الكفالة من الصبى المميز فى دين على غيره .

٢- لا يشترط للطعن فى الكفالة بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات ، أن يثبت دائن الكفيل تواطؤه مع الدائن ولا مع المدين.

---

(١) وينص القانون اليمنى على ذلك صراحة بقوله يشترط فى الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع وأن يرضى بالكفالة (م١٠٠٢) .

٣- تعتبر الكفالة، في الأصل ، عملاً مدنيًا ، ولو كان الكفيل تاجراً وكان الالتزام المكفول تجاريًا (١) .

لكن الكفالة تعتبر عملاً تجاريًا إذا ورت على دين ثابت في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بوصفه ضامنًا احتياطيًا أو مظهراً ، ولو كان الكفيل غير تاجر ، وسواء كانت الورقة كمبيالة أو سنداً لأمر أو شيكًا .

وتعتبر الكفالة كذلك عملاً تجاريًا إذا كان الكفيل تاجراً ، وأبرمها بقصد الربح ، ويحترف الكفالة بمقابل ، ككفالة المصرف دين أحد عملائه نظير عمولة معينة .

٤ - لا يجوز ابرام الكفالة بطريق الوكالة ، إلا إذا صدر بها توكيل خاص ، يحدد فيه المدين المكفول عنه والالتزام المكفول به . وتقرر ذلك محكمة النقض بقولها : إن الكفالة من عقود التبرع التي يجب أن يكون بيد الوكيل الذي يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفي الدين من أملاك الموكل ، ولا يجوز الاعتماد عليه في أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينًا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينًا للوفاء بالدين (٢) . وقضت كذلك بأن الكفالة عقد ينطوي على تبرع فلا يسوغ اجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد اثبات توكيل خاص به ، فالتوقيع على عقد الكفالة ، بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالاقرار والصلح لا يصح (٣) .

---

(١) تنص على ذلك صراحة المادة ٧٧٩ مدني التي تقرر أن كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنيًا ولو كان الكفيل تاجراً . ذلك أن التجارة تقوم على قصد الربح والمضاربة ولا شأن لها بنية التبرع .

(٢) نقض ١٩٣٧/٤/١ طعن ٣ س٧ق .

(٣) فالتوكيل العام في جنس عمل وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل لا يسري على التبرعات : نقض ١٩٤٨/٥/٢٥ طعن ٢٠ س١٧ق .

(هـ) الكفالة عقد تابع :

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بدين شخص آخر ، فالتزام الكفيل لا يقوم مستقلاً بذاته ، بل لتأمين تنفيذ هذا الدين أو الالتزام الأصلى ، ويعتبر التزام الكفيل تابعًا حتمًا لالتزام المدين الأصلى ، لذا توصف الكفالة بأنها عقد تابع[1] . ومن ثم لا نكون بصدد كفالة إذا التزم شخص عن دين الغير التزامًا أصليًا ، فهو لا يكون كفيلاً بل يكون مدينًا أصليًا وليس تابعًا لأن التزامه مستقل عن التزام المدين .

ويترتب على تبعية التزام الكفيل أنه يرتبط فى وجوده وفى زواله بالالتزام المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا . وتقع الكفالة باطلة إذا كان الالتزام الأصلى باطلاً . ويسلم المشرع بتبعية عقد الكفالة حيث ينشأ بمناسبة كفالة دين أصلى ، ويؤكد هذه التبعية ان الكفالة تنقضى بانقضاء الدين الأصلى سواء بالوفاء أو بالابراء .

ويتحدد نطاق التزم الكفيل وصفاته على مقتضى الالتزام الأصلى ، فإذا كان هذا الالتزام معلقًا على شرط واقف أو فاسخ ، فإن الكفالة تكون معلقة على ذات الشرط ، ولا يجوز أن يزيد التزام الكفيل على الالتزام الأصلى ، فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجور الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون . ويبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .

ويترتب على صفة التبعية أن الكفيل لا يقف موقف المساواة مع المدين

---

(١) التزام الكفيل ، متضامنًا أو غير متضامن ، يعتبر التزامًا تابعًا لالتزام المدين الأصلى ، فلا يسوغ النظر فى إعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى. نقض ١٩٨٠/٢/١٨ س ٣١ جـ ١ ص ٥٣٤.

التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام للمدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه . نقض ١٩٨٤/١/٤ س٣٥ جـ ١ ص ١٣٤ .

الأصلي، بل هو مدين احتياطي، فالدائن لا يستطيع الرجوع عليه إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي، وليس له الحق في التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين.

(د) وتؤدي الكفالة إلى ترتيب التزامات شخصية في ذمة الكفيل، يترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا ينقضي بموته بل يبقى في تركته وينتقل إلى ورثته في حدود ما يؤول إليهم من تركته(151).

المبحث الثالث

تمييز الكفالة عن النظم القانونية المشابهة

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية في خصائص معينة إلا أن لكل منها أحكاماً قانونية مستقلة تميزه عن الآخر لذا وجب إجراء مقارنة بين الكفالة وبين هذه النظم حتى تتضح صورة النظام محل الدراسة وتتبين أوجه التشابه والاختلاف بينها وتتضمن المقارنة كل من التضامن بين المدينين، التعهد عن الغير، الإنابة الناقصة، تأمين سداد الديون.

في حالة التضامن بين المدينين يتعدد المدينون ويكون كل منهم مسؤولاً عن كل الدين، ويستطيع الدائن أن يطالب أي مدين منهم بالوفاء بكامل الدين وذلك خلافاً لو انقسم الدين بينهم والتزم كل منهم بالبعض من الدين كله. ويجوز للدائن أن يطالب المدينين مجتمعين فإذا تم الوفاء من أحدهم برئت ذمة الباقين على أن يرجع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين فالمدين المتضامن ملتزم التزاماً أصلياً في مواجهة الدائن حيث يلتزم بالوفاء بحصة المدينين الآخرين مع الوفاء بحصته هو ولهذا ليس كفيلاً لأنه ليس مديناً تابعاً بل هو مدين أصلي متضامن معهم.

---

(151) نقض ١٢/٣/١٩٨٧ طعن ١٥٠٥ س ٥٠ ق.

(أ) التضامن بين المدينين :

أما التزام الكفيل فيعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين ، أى أنه يلتزم بالوفاء بدين غيره ، عكس المدين المتضامن الذى يلتزم التزاماً أصلياً ، ومن ثم فهو يلتزم بالوفاء بدين نفسه . فالكفيل ، حتى ولو كان متضامناً ، يلتزم بصفة تبعية ، أما المدين المتضامن فيلتزم بصفة أصلية ، حتى ولو لم تكن له مصلحة فى الدين محل التضامن .

(ب) التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير هو الحالة التى يتعاقد فيها شخص مع آخر على تعهده شخصياً بأن يحمل الغير على قبول هذا التعاقد ، فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد بعمل هو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين . مثال ذلك حالة الوكيل الذى يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصياً بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل [1] .

والتعهد عن الغير لا يلزم الغير ، فالمتعهد يلتزم شخصياً بالعقد الذى يبرمه ، فهو ليس وكيلاً عن الغير أو نائباً عنه ولا سلطة له فى الزامه ، ولكنه يتعهد بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد ، فمحل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين .

ولا يرتب التعهد عن الغير التزاماً فى ذمة الغير ، الذى يظل حراً فى أن يقبل العقد الذى تم التعهد به عنه أو أن يرفضه .

فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاماً أصلياً بأن يجعل الغير يقبل التزام معين ، أما التزام الكفيل فهو التزام تبعى حيث يلتزم بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه . فالكفيل يضمن وفاء المدين بالتزامه ، أما المتعهد فيقتصر دوره على حمل الغير على قبول الالتزام ، دون أن يضمن الوفاء بهذا الالتزام .

وللغير الحرية فى قبول الالتزام أو رفضه ، فإذا رفض الغير القيام بتنفيذ ما

---

(١) أنظر مؤلفنا فى مصادر الالتزام ، بيروت ٢٠٠٠ .

تعهـد به المتعهـد ، فإن هذا الأخير يكون قد أخل بالتزامه الأصلى ويلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر . ويجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما تعهد أن يقوم به الغـيـر . أى أنه يجـوز للمتعهد أن يقوم بتنفيذ نفس الالتزام موضوع التعهد ، إن كان ذلك ممكناً ، وذلك كصورة من صور التعويض . وقد يؤدى هذا إلى الاعتقاد بأن المتعهد يعتبر هنا بمثابة كفيـل لأنه ينفذ الالتزام الذى كان من المفروض أن ينفذه الغير . إلا أن هذا الاعتقاد غير صحيح . لأن الغير لم يوجد عليه أى التزام أصلاً حتى ينفذه المتعهد بدلاً منه ، ويقوم المتعهد بتنفيذ التزامه هو ، وهو التزام أصلى وليس تابعًا ، ويتم ذلك عن طريق التنفيذ بمقابل أى أنه ينفذ التزاماً بديلاً لالتزامه الأصلى . أمـا الكفيل فالتزامه تابع لأنه يقوم بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم به .

(جـ) الانابة الناقصة :

تعنى الانابة أن المدين قد أناب عنه شخصـًا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجـود فى ذمتـه ، فـهى تتم إذا حـصل المدين على رضـاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين . والانابة نوعان :

الانابة الكاملة وتكون عندما ينيب المدين شخصاً آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمتـه ، أى أن الدين القـديم ينقـضى لينشأ مكانه دين جديد ، ويعتبر هذا تجديد بتغيير المدين .

أما الانابة القاصرة أو الناقصة ، فهى لا تتضمن تجديداً ، بل يبقى الدين فى ذمـة المدين الأصلى ، وينضم إليـه المدين الجـديد ليكون مـديناً لـذات الدائن ، بنفس الدين ، فمناط التفرقة بين نوعى الانابة يكمن فى تضمنها تجديداً بتغيير المدين أو عدم تضمنها له ، فإذا تضمنت تجديداً بتغيير المدين كانت انابة كاملة ، وإن لم تتضمن تجديداً بتغيير المدين كانت انابة ناقصة .

لا وجه للالتباس بين فكرة الانابة الكاملة والكفـالة ، لأن الانابة الكاملة تنطوى على تجديد للالتزام بتغيير المدين ، فالمدين الأصلى (المنيب) يختفى ليحل محله مدين جديد (المناب) .

ويمكن أن يثور اللبس بصدد الانابة الناقصة ، حيث يتعدد المدينون بدين واحد ، إذ يبقى الدين فى ذمة المدين الأصلى ، وينضم إليه المدين الجديد ليكون مديناً بنفس الدين .

ولكن الفارق بين الانابة الناقصة والكفالة أى بين الكفيل والمناب يكمن فى فكرة التبعية . فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزامًا أصليًا لا التزامًا تابعًا كما هو الحال بالنسبة للكفيل . ويستطيع الدائن أن يختار أى من المنيب أو المناب لمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم التزامًا أصليًا فى مواجهة الدائن ، ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المدين الأصلى) ولو كان موسراً ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن) .

أما بالنسبة للكفيل فإن التزامه تابع للالتزام الأصلى ، ومن ثم يجوز له ، كما رأينا ، أن يدفع فى مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلى أولاً ، وله أن يتمسك فى مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين وتجريده من أمواله قبل الشروع فى التنفيذ على أموال الكفيل(١) .

(د) عقد الضمان :

« عقد الضمان هو اتفاق يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة لعميله بضمان تنفيذ العقد وعلى الخصوص دفع المشترى للثمن أو يتعهد بمقتضاه مصرف لدائن ، فى مقابل جعل يقبضه منه ويسمى العمولة ، بضمان يسار مدينه ، وهذا الاتفاق ، وإن كان يقترب فى صورته الثانية على الخصوص ، من الكفالة ، إلا أنه يظل ، فى كل الأحوال متميزاً عنها » ، لأن الوكيل بالعمولة أو المصرف الذى يضمن يسار العميل يلتزم التزاماً أصليًا ولا يعتبر كفيلاً للعميل ، كما أن التزام كل منهما يختلف عن التزام المدين .

(هـ) تأمين يسار المدين :

وهو احدى صور التأمين ويطلق عليه عقد التأمين من الاعسار أو تأمين

---

(١) Ph. Simler, Cautionnement et garanties, P.7.

الائتمان . وهو « عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه ، وهو المؤمن ، لطرفه الثانى ، وهو المستأمن ، فى مقابل قسط معين ، بضمان الخسارات التى تلحقه نتيجة اعسار مدينه » .

يحتفظ هذا العقد بذاتية مستقلة عن عقد الكفالة ، فهو صورة من صور التأمين حيث يتعهد الضامن بتأمين الدائن من خطر اعسار المدين ، وهو لا يضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزامًا أصليًا بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه نتيجة اعسار المدين .

« وثمة تطبيقات حديثة لهذا النوع من العقود ، وهو ما يعرف – الآن – بضمان الاستثمارات . ففى سبيل تشجيع رءوس الأموال الخاصة والعامة على الاستثمار فى الدول النامية ابتدعت عدة وسائل قانونية لحماية هذه الاستثمارات من بينها تقديم ضمان للمستثمر ضد ما يتعرض له من مخاطر غير تجارية . كالتأميم والحروب فى البلد المضيف للاستثمار ، حيث قد تأخذ الاستثمارات شكل القروض التى تمنح لمستوردين أجانب لتمويل شرائهم لبضائع من الداخل ، وهذا ما يسمى بتأمين ائتمان الصادرات الذى يغطى المخاطر غير التجارية التى تمنع من سداد القرض وفقاً للشروط المتفق عليها ، وقد ذهب اتجاه إلى أن عقد ضمان الاستثمار يتفق مع عقد الكفالة فى الفقه الاسلامى فى أن للمؤسسة الحق فى الرجوع على الدولة المضيفة (المكفول عنه) بمقتضى حلول الأولى محل المستثمر بما يكون لها من حقوق فى ذمة هذه الدولة نتيجة لتحقق الخسارة ، تمامًا كما أن للكفيل الرجوع على المكفول بما أداه عنه . ويمكن أن يقال بأن هناك وعداً بالكفالة تتعهد المؤسسة بمقتضاه للمستثمر بأن تكفل دين التعويض عندما يترتب فى ذمة الدولة المضيفة للاستثمار » .

المبحث الرابع
أنواع الكفالة

يمكن اجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها ، فمن حيث المصدر تكون الكفالة إما اتفاقية أو قانونية أو قضائية ، ومن حيث الطبيعة هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية ، ومن حيث المحل تكون الكفالة شخصية (بسيطة أو تضامنية) ، أو عينية ، أو كفالة بدن.

المطلب الأول
أنواع الكفالة بحسب مصدرها

تنقسم الكفالة ، حسب مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية ، وكفالة قضائية . فمصدر التزام المدين بتقديم كفيل قد يكون الاتفاق أو القانون أو القضاء ، أما التزام الكفيل فى مواجهة الدائن، فمصدره دائماً عقد الكفالة المبرم بينهما ، ولا يتعلق بأنواع الكفالة .

(أ) الكفالة الاتفاقية :

الكفالة الاتفاقية هى التى تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثانى يضمن دينه ، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة ، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين فى ذمة المدين أو بعد ذلك .

ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعى المدين من تلقاء نفسه إلى الحصول على كفيل يضمنه ويقدمه من تلقاء نفسه ، دون أن يكون ملتزمًا بذلك ، للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو يجدد الائتمان السابق . ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك فى حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه بذلك فى مواجهة دائن المكفول عليه حتى ولو لم يعلم بها هذا الأخير أو حتى رغم معارضته ، حيث يكون مصدر التزام الكفيل هنا هو

الارادة المنفردة ، وهى مصدر ارادى يعتد به وتعتبر هاتين الحالتين من قبيل الكفالة الاتفاقية .

(ب) الكفالة القانونية :

تكون الكفالة قانونية إذا أوجب القانون على المدين تقديمها ، أى أن المدين يلتزم بتقديمها خضوعاً لنص القانون [1] .

مثال ذلك نص القانون على أنه إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا أخيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . أى أنه فى حالة حبس المشترى للثمن بسبب ما يقع له من تعرض فى المبيع ، يستطيع البائع أن يطالب بهذا الثمن إذا قدم للمشترى كفيلاً لحقوقه قبله .

والنص على أنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة له ، أى أن صاحب حق الانتفاع المقرر على المنقول يلتزم بتقديم كفالة به ضماناً لرد المنقول بعد انتهاء حقه .

وينص قانون المرافعات على أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ، وذلك بشرط تقديم كفالة [2].

(جـ) الكفالة القضائية :

الكفالة القضائية هى التى يلتزم المدين بتقديمها بناء على حكم

---

(١) وتعتبر محكمة النقض المتبرع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد.
مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة ، للمتبوع حق الرجوع على التابع بما أوفاه من تعويض للمضرور . للتابع التمسك بالدفوع التى له قبل المضرور والمتبوع . نقض ١٩٨٦/٦/١٩ طبعة ٩٠٢ س ٥٣ق .
وقضى بأن كفالة نادى السيارات الصادر عنه دفتر المرور للمستورد ، كفالة قانونية بمقتضى القانون ٩٩ لسنة ١٩٥٦ . نقض ١٩٨٠/١٠/١٠ س ٣٩ جـ ٢ ص ١١٢١ .

(٢) أنظر فى ذلك المواد ٤٥٧ ، ٩٩٢ مدنى ، ٤٦٧ مرافعات .

القاضى، أى هى التى يأمر القاضى المدين بتقديمها فى الحالات التى تقتضى ذلك . وعلى هذا يكون حكم المحكمة مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة .

مثال ذلك النص على أنه للمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع باجراء تغييرات أساسية تخرج عن حدود الادارة المعتادة ، أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

ويجيز قانون المرافعات للقاضى أن يأمر بالنفاد المعجل ، بكفالة أو بدونها (١) .

وينبغى الاشارة إلى أن الكفالة لا تعتبر قضائية إلا إذا استندت فى مصدرها إلى حكم القاضى ، أى كان الحكم بها من اطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة ، أما إن كان صدور الحكم بالكفالة وجوبياً تطبيقاً لنص فى القانون ، فإن الكفالة تعتبر قانونية ولا تتغير طبيعتها لمجرد نطق القاضى بها. بل أن القاضى إذا لم يلزم المدين بتقديم كفالة فى هذه الحالة ، يكون حكمه مخالفاً للقانون .

وكذلك الحال إذا صدر الحكم بالكفالة اعمالاً لاتفاق الطرفين ، فإن الكفالة تعتبر اتفاقية وليست قضائية .

(د) تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية أو القانونية :

فى حالة الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين (٢) . مؤدى ذلك أن التضامن يقوم بين الكفلاء ، بناء على نص القانون ، بالنسبة لكل من الكفالة القضائية والكفالة القانونية ، وذلك فى جميع الحالات . أما فى حالة الكفالة الاتفاقية ، فإن التضامن لا يقوم

---

(١) م ٨٢٩ مدنى ، ٢٩٠ مرافعات .

(٢) م٧٩٥ مدنى .

بين الكفلاء فى حالة تعددهم ، إلا إذا اُشترط ذلك صراحة فى الاتفاق ، لأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

وتكمن حكمة التشدد بالنسبة للكفلاء فى حالتى الكفالة القضائية والقانونية ، فى أن الدائن كان جديراً بالحماية فى الحالات التى يتدخل فيها كل من المشرع والقاضى لالزام المدين بتقديم كفالة ، ورغبة من القانون فى تأكيد هذه الحماية وزيادة فعاليتها قرر التضامن بين الكفلاء فى هذه الحالات. ومن ثم يستطيع الدائن أن يرجع على أى من الكفلاء بكل الدين دون أن يستطيع أحدهم الدفع بضرورة الرجوع على الآخرين أو بإنه لا يتحمل من الدين إلا بقدر حصته ، وبذلك يضمن الدائن الحصول على حقه كاملاً من أى مدين ، ويتفادى بذلك خطر اعسار أو افلاس أحد المدينين .

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تفسير نطاق هذا التضامن القانونى . فهل التضامن المقصود هو التضامن بين المدين والكفيل فقط ؟ أم إنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم ؟

ذهب البعض إلا أنه لما كان التضامن لا يفترض ، وإنه ذو صفة استثنائية، فإنه لا يجوز التوسع فى تفسير البند العقدى الذى يقرره ، أو النص التشريعى الذى يقضى به . وعلى ذلك يجب الالتزام بالتفسير الضيق للنص وقصره على معنى واحد هو التضامن بين المدين والكفلاء ، وليس تضامناً بين الكفلاء بعضهم البعض ، وينتج عن ذلك أن الدائن لا يستطيع الرجوع على كل من الكفلاء عند تعددهم إلا بقدر نصيبه فقط فى الدين المكفول ، أى أن الدين ينقسم بينهم وبين المدين كل بنسبة نصيبه .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن نية المشرع قد انصرفت إلى العموم ، ويتضح ذلك من عبارة النص : « يكون الكفلاء دائماً متضامنين » ، حيث استخدم المشرع لفظ الكفلاء بصيغة الجمع ، وتفيد « ألف ولام » التعريف العموم والشمول ، كما أن اضافة كلمة « دائماً » تدل على انصراف حكم النص إلى جميع الحالات ، أى أن التضامن يكون بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم ، وفيما بينهم وبين المدين . ويؤيد ذلك التفسير الأعمال التحضيرية للنص كما كان وارداً فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى .

المطلب الثانى
أنواع الكفالة بحسب طبيعتها

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والمكفول له إلى كفالة مدنية وكفالة تجارية . ويترتب على التمييز بين نوعى الكفالة نفس نتائج التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية من حيث أحكام الاثبات والفائدة القانونية والاختصاص القضائى والأهلية الواجب توافرها فى الكفيل .

(أ) الطبيعة المدنية للكفالة :

القاعدة العامة هى أن الكفالة عقد مدنى لأنه من عقود التبرع ، وتقوم التجارة على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع . فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل ، وتتحدد صفة الكفالة على هذا الأساس بغض النظر عن العلاقة بينه وبين المدين (المكفول عليه) الذى لا يعد طرفاً فى عقد الكفالة .

ويترتب على ذ لك أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن دين تجارى وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن ، ولو كان الكفيل لديه الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجارى طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع (١) .

(ب) الطبيعة التجارية للكفالة :

وتعبتر الكفالة عملاً تجارياً فى عدة حالات استثنائية هى :

أولاً : الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن

---

(١) نص المادة ١/٧٧٩ يدل على أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنيًا بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً أو كان الكفيل نفسه تاجر أو ذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول ، لأن الأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً ، فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى . نقض ١٩٨١/٣/٢ س٣٢ جـ ١ ص ٧٣٧ .

تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً (١) . يتناول النص فرضين :

الأول :الضمان الاحتياطى للورقة التجارية ، أى ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية سواء بالكتابة على نفس الورقة أو على ورقة مستقلة ، وهنا نكون بصدد كفالة للورقة التجارية ، وتعتبر دائماً عملاً تجارياً إذا وردت على كمبيالة .

وبالرغم من عموم النص على أن كفالة الأوراق التجارية تعتبر دائمًا عملاً تجارياً ، إلا أنه ينبغى التحفظ بصدد السند الاذنى ، فلا تعتبر الكفالة الواردة على هذا السند تجارية إلا إذا كان السند نفسه تجارياً . وهو يعتبر كذلك إذا تم تحريره بمناسبة عمل تجارى ولو كان محرره غير تاجر ، أو إذا حرره تاجر سواء لعمل تجارى أو مدنى .

الثانى : تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان . ومن المعروف أن تظهير الورقة التجارية يكون إما لنقل ملكيتها (تظهير ناقل) وإما لتحصيل قيمتها (تظهير توكيلى) ، وإما لرهنها (تظهير ضمان) . وتظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان يعد رهناً لها لضمان دين آخر ، أى أننا بصدد رهن لدين وهو صورة من صور الرهن الحيازى ، ولسنا بصدد كفالة ، ومن ثم فلم يكن المشرع بحاجة إلى بحث الصفة التجارية لها ككفالة ، فهى ليست كفالة أصلاً حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية .

ثانياً : تعتبر الكفالة عملاً تجارياً ، اعمالاً لقواعد القانون التجارى ، إذا اتخذت شكل الالتزام الصرفى بالتوقيع على ورقة تجارية تظهيراً أو ضماناً احتياطياً .

ثالثًا : تعتبر الكفالة عملاً تجارياً إذا كان الكفيل تاجراً وأبرمها بقصد الربح ، أو لتحقيق مصلحة تجارية . كما فى حالة كفالة المصرف لأحد عملائه فى مقابل عمولة .

رابعًا : تعتبر الكفالة فى بعض الحالات عملاً تجارياً تبعياً ، كما فى حالة

---

(١)م ٢/٧٧٩ مدنى .

كفالة التاجر لزميله بقصد تحقيق مصلحة تتعلق بتجارته هو ، كأن يحصل منه على مقابل نقدى أو عينى ، أو أن يكون تدخله لكفالته بهدف حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل .

المطلب الثالث
أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة من حيث محلها إلى كفالة شخصية وكفالة عينية وكفالة بدن. وتنقسم الكفالة الشخصية إلى كفالة بسيطة وكفالة تضامنية .

(أ) الكفالة الشخصية :

أو التأمين الشخصى هى الكفالة العادية التى يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين . ويتحقق الضمان من خلال ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين ، فيستطيع الدائن أن يستوفى حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكف أموال الأول . وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل أى على كل أمواله دون تخصيص . ومن ثم يكون أمام الدائن ضمان عام على أموال المدين وآخر على أموال الكفيل ، فالكفيل الشخصى تضمن ذمته المالية الوفاء بالتزام المدين .

(ب) الكفالة العينية :

هى تأمين عينى حيث يقدم الكفيل مالاً (عقار أو منقول) مملوكًا لضمان الوفاء بالتزام فى ذمة شخص آخر . ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العينى حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا فى حدود المال الذى قدمه تأمينًا له ، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية بل على مال محدد بالذات[1] .

فالكفيل العينى لا يكون مسؤولاً شخصيًا عن الدين أى لا يلتزم التزامًا

---

(١) محمود جمال الدين ذكى ، التأمينات الشخصية والعينية ، ص ٣٧ .

شخصياً بضمانه ، بل الذى يضمن الدين هو المال الذى قدمه رهناً سواء كان عقاراً (رهن رسمى) أو منقولاً (رهن حيازى) . ومن ثم فإن الكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن . وعلى هذا ستنصرف دراستنا إلى الكفالة الشخصية بوصفها التطبيق النموذجى للتأمينات الشخصية .

ويترتب على التفرقة بين نوعى الكفالة إن ضمان الكفيل العينى للدين أو مسؤوليته عن الوفاء به تنحصر فى حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء ، أما الكفيل الشخصى فيضمن الوفاء بالدين فى كل أمواله ، أى أن الضمان يرد على كافة العناصر الايجابية لذمته المالية .

وتتميز الكفالة العينية بوصفها تأمين عينى بأنها تجعل الدائن فى مركز خاص ممتاز يجنبه خطر اعسار المدين والكفيل ، حيث يكون له فضلاً عن حقه فى الضمان العام على جميع أموال مدينه ، سلطة تنصب على الشئ المقدم من الكفيل رهناً رسمياً أو حيازياً ، هذه السلطة تخوله تتبع الشئ فى أى يد كان لينفذ عليه بالحجز ثم البيع ويستوفى ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين[1] .

« وإذا تخلى الكفيل العينى عن العين المرهونة ، أو فقد حيازتها بأى سبب ، فإن كفالته العينية للدين تنتهى ، لأنه غير ملتزم إلا التزاماً عينياً ، وهذا بخلاف الكفيل الشخصى ، فإنه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، وينتقل الالتزام الشخصى فى تركته إلى ورثته ، ويكون مسؤولاً فى جميع أمواله لا فى مال معين بالذات ، ولكن لا يكون للدائن فى الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن فى أموال مدينه، ولذلك يزاحمه سائر دائنى الكفيل الشخصى ، ولا يرتكز الدين فى عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كما تتركز الكفالة العينية » .

(جـ) الكفيل المتضامن :

الأصل أن تكون الكفالة بسيطة حيث يكون الكفيل غير متضامن مع

---

(١) J.Scapel. la notion d'obligation Reelle, 2002, P.5.

المدين ومع كفلاء آخرين، ويمكن أن تكون الكفالة على سبيل التضامن، حيث يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين بالتضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين(١) .

والقاعدة أن التضامن لا يفترض ، فهو لا يقوم إلا بناء على نص قانونى أو اتفاق صريح على ذلك ، أى يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل وإلا كنا بصدد كفالة بسيطة . ومن أمثلة النص على التضامن اعتبار المشرع كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية كفالة تضامنية كما رأينا فى المبحث السابق (٢).

لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل العادى إلا بعد الرجوع على المدين والتنفيذ على أمواله أولاً ، أما إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن يكون مخير فى المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما ، له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً (٣) . فالكفيل المتضامن ليس له الحق فى

---

(١) وقد يجتمع وصف المدين الأصلى والكفيل المتضامن فى شخص واحد . مثال ذلك . إذا كان الطاعن باعتباره شريكاً فى شركة التضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملاً بالمادة ٢٢ من قانون التجارة ، فإنه بموجب عقد الاعتماد الرسمى المضمون برهن عقارى - والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتهنة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلاً متضامناً وراهناً وبين شركة التضامن - سالف الذكر - والمنفذ بمقتضاه إنما يجمع بين صفة المدين باعتباره شريكاً متضامناً فى شركة التضامن الممثلة فى العقد ، وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره راهناً حتى لو كان الدين محل التنفيذ ثابتاً فى ذمة شركة التضامن وحدها (الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/١/١٩ س٢٢ ص٥٢) .

(٢) ما سبق ص ٧٦ .

(٣) - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فلا يجوز - كأصل عام - طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع قبل مشتريه لمجرد أن هذا الأخير لم يسجل عقد شرائه .

الكفيل المتضامن يعتبر فى حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفرداً دون التزام بالرجوع أولاً على المدين أو حتى مجرد اختصامه فى دعواه بمطالبة الكفيل. =

الدفع بالتجريد ، أما الكفيل العادى فله ذلك الحق ومن ثم يستطيع التمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين والتنفيذ على أمواله بداية .

والتضامن فى الكفالة قد يقتصر على الكفيل والمدين ، كما فى الصورة السابقة ، وقد يمتد ليشمل العلاقة بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم ، أى يمكن أن يوجد أكثر من كفيل للمدين عن نفس الدين ، ويكونون متضامنين فيما بينهم ، ويجوز للدائن أن يطالب أيًا من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، وليس لأى منهم أن يطالب بتقسيم الدين عليهم جميعًا . ويجوز أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومع المدين فى وقت واحد . هنا يكون الخيار أمام الدائن حيث يستطيع الرجوع على أى منهم كما يشاء بكل الدين . الخلاصة أن كل من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم لا يقوم إلا فى حالة الكفالة البسيطة .

ويجدر بالتذكير بأن الكفيل المتضامن لا يصبح مدينًا متضامنًا بل يظل محتفظًا بصفته ككفيل ، ويخضع بالتالى لأحكام الكفالة التى تختلف عن أحكام التضامن لأن الكفالة فى جوهرها عقد تابع ، وعلى هذا فإن تضامن

= إذا كان محل البيع عينًا معينة حُقّ للدائن أن يضع يده عليها ما دامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى ضامنه بعده طالما أنه لم يكن لأحد غيرهما أى حق عينى عليها .

إذا ضمن الكفيل للمشترى نقل ملكية العين التى اشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادرًا له من بائعها فإنه يكون للمشترى بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنه متى صحت الكفالة لا تبرأ ذمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام باحدى وسائل الانقضاء التى حددها القانون ومن ثم لا يقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوى على انكار حقه فى اقتضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصيًا المالك للشئ محل الالتزام دون المدين الأصلى سواء كان هذا الانكار صريحًا فى صورة دفع لدعوى الدائن التى يطالبه فيها بالوفاء أو ضمنًا فى صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشئ بما يعنى معارضة حق الدائن ، إذ أن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه . نقض ١٩٩٥/١/٢٩ س ٥٠٨٣ س ٦٣ق .

الكفيل مع المدين لا يجعله مديناً أصلياً ، بل يبقى التـزامه تبعياً[1] . ويترتب على ذلك أن الكفيل المتضامن وإن كان يفقد الدفع بالتجريد والتقسيم ، إلا إنه يستطيع التمسك بكل ما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، كالدفع ببطلان التزام المدين ، والدفع بانقضاء التزامه بسبب انقضاء التزام المدين [2] .

---

(1) نقض ١٩٧٤/٦/١٦ طعن ٥٦ س ٣٩ق .

(2) التزام الكفيل – متضامناً كان أو غير متضامن – هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى، وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين، فإنه يلتزم التزامًا أصليًا مع سائر المدينين ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده كان كفيلاً للمدين الأصلى فى تنفيذ التزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة ، ولم يكن مديناً أصلياً معه فى هذا الالتزام، فإن الحكم المطعون فيه – إذا أجرى أحكام الكفالة على التزام المطعون ضده – لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . (الطعن رقم ٦٩٠٠ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ س٢٧ ص٦٣٧) .

الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزمًا التزامًا تابعًا يتحدد نطاقه – طبقًا للقواعد العامة– بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة .

الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصماً فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى الملغى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريانه على باقى المدينين، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً . أما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصار ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين . (الطعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص ٣٢٧).

(د) كفالة البدن :

وتسمى بكفالة الوجه أو الكفالة بالنفس حيث يتعهد الكفيل باحضار المكفول وهى نظام تعرفه الشريعة الاسلامية إلى جانب الكفالة العادية والكفالة العينية .

ويكفى فى هذا الصدد الاشارة إلى حكم المادة ٦٥١ من المجلة الذى يقنن أحكام هذه الكفالة أخذاً عن حكم الشريعة الاسلامية : « لو كفل أحد بنفس على أن يحضره فى الوقت الفلانى ، وإن لم يحضره فى الوقت المذكور فعليه أداء دينه ، فإذا لم يحضره فى الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين . وإذا توفى الكفيل ، فإن سلمت الورثة المكفول به إلى الوقت أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب عى طرف الكفيل شئ من المال ، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبة وارثه . ولو أحضر الكفيل المكفول به فى ذلك الوقت واختفى المكفول له أو تغيب ، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه » .

ولا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية بالمعنى العادى ، لأن الكفيل بالنفس يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو احضار الشخص اما لسداد دينه يوم حلول الأجل ، وإما للمثول أمام القضاء لأى أمر آخر .

وتطبيق هذه الصورة من الكفالة يعد أمراً نادراً فى العصر الحديث ، بسبب نظام التقاضى المعاصر الذى ينظم الضمانات القانونية لحضور الخصم أمام القضاء ، وامكان الحكم على المدين والتنفيذ على أمواله دون حاجة إلى حضووره . أضف إلى ذلك أن تعرض الكفيل للحبس بسبب تخلف المدين يحول دون اقبال أى شخص على هذا النوع من الكفالة ، لذا يفضل الفرد فى العادة أن يكون كفيلاً بالمال حيث يكون مسؤولاً فقط عن سداد الدين فى حالة عدم وفاء المدين به .

الفصل الثانى
أركان الكفالة

الكفالة عقد يتم ابرامه طبقًا للقواعد العامة فى ابرام كافة العقود ، وهى عقد تابع لالتزام أصلى تقوم بضمان الوفاء به ، ومن ثم فإن نطاقها يتحدد بمقتضى هذا الالتزام المكفول ، وهى قبل كل شئ تفترض وجود كفيل .

وعلى هذا ينقسم البحث فى هذا الفصل إلى أربعة مباحث نخصصها على التوالى لكل من : الكفيل ، ابرام الكفالة ، الالتزام المكفول ، نطاق الكفالة أو نطاق التزام الكفيل .

المبحث الأول
الكفيل

(أ) شروط الكفيل :

الكفالة أداة تأمين الدائن من خطر اعسار المدين ويتحقق ذلك من خلال ضم الذمة المالية للكفيل إلى جانب ذمة المدين ، لذا يجب أن تتوافر فى الكفيل شروط معينة لضمان جدية هذا التأمين . فالمشرع يستلزم توافر هذه الشروط فى الكفيل الذى يلتزم الكفيل بتقديمه حتى تتحقق الغاية من الكفالة باعتبارها تأمينًا شخصيًا للدائن ، ويجب توافر هذه الشروط سواء كنا بصدد كفالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية .

ويُعبر المشرع عن هذه الشروط بقوله : إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصًا موسرًا ، ومقيمًا فى مصر ، وله أن يقدم عوضًا عن الكفيل تأمينًا كافيًا [(١)] . فالنص يشترط شرطان : يسار الكفيل ، الاقامة بالوطن . ويضيف الفقه شرطًا ثالثًا تقتضيه الكفالة كتصرف قانونى ألا وهو توافر أهلية ابرام العقد .

١- **يسار الكفيل :** إن تحقيق الغاية المرجوة من الكفالة يستلزم أن يكون

الكفيل موسراً ، فإذا كان الكفيل غير موسر فإنه لن يصلح كتأمين لحق الدائن .

ويقصد بيسار المدين أن يكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالالتزام ، أي أنه يجب أن يكون قادراً على الوفاء بالدين المكفول في حالة عدم قيام المدين بالوفاء به . ويستوى أن تكون الأموال شائعة أو مفرزة ،عقارات أو منقولات ، كأسهم أو سندات أو مجوهرات إلى غير ذلك. ويستقل قاضى الموضوع بتقدير مدى يسار الكفيل من خلال الموازنة بين عناصر ذمته المالية السلبية والايجابية .

يقع عبء اثبات يسار الكفيل على عاتق المدين الملتزم بتقديمه ، وذلك من خلال تقديم الدليل على وجود أموال تكفى لسداد الدين . ولن تثور الحاجة إلى هذا الاثبات إلا عند منازعة الدائن فى يسار الكفيل ، ومن ثم فإن على الدائن اثبات عكس ذلك ، كأن يثبت أن أموال المدين غير قابلة للحجز عليها أو متنازع فيها ، أو يصعب التنفيذ عليها لصعوبة الحصول عليها وامكانية تهريبها أو اخفائها ، أو أن هذه الأموال مثقلة بحق عينى كالرهن أو الانتفاع . فى هذه الحالة يجب تقدير يسار الكفيل بعد استبعاد هذه الأموال أو انقاص قيمتها .

ولكن هل يشترط وجود أموال الكفيل بأرض الوطن ؟

يذهب البعض إلا أنه يجب تقدير يسار الكفيل بالنظر إلى أمواله الموجودة داخل الاقليم حتى يمكن التنفيذ عليها ، لأن الأموال الموجودة بالخارج تثير الكثير من الصعوبات المتعلقة بمسائل تنازع القوانين الأمر الذى يشكك فى قدرة الكفيل على تأمين الدين .

إلا أننا نرى أنه لا يمكن القول باشتراط مثل هذا الشرط ، فلا شك أن الأمر يختلف من حالة لأخرى حسبب طبيعة المال وظروفه ، ومن ثم يجب ترك المسألة لتقدير المحكمة طبقاً لملابسات كل حالة على حدة .

---

(١) م ٧٧٤ مدنى .

٢- الاقـامـة فى الوطن : يجب أن يكون الكفـيل مقـيمـًا فى الاقليم الوطنى، أى له مـوطن بالدولة ، ويمكن أن يكون الموطن عـامـًا أو خاصـًا أو مختاراً، ولا يشترط في الكفيل أن يكون وطني الجنسية ، بل يمكن أن يكون أجنبياً ، ما دام مقيماً بالوطن ، حتى يسهل مقاضاته عند اللزوم .

٣- أهلية إبرام العقد : الكفالة تصرف قانونى يجب توافر شروط إنعقاده وصحـته ، ولذا يجـب توافر الأهلية بالنسبة للكفيل وقت إبرام عقد الكفالة . فكفـالة ناقصى الأهلية تكون قابلة للإبطال من قِبل الكفـيل نفسـه أو نائبه القانونى .

(ب) استبدال الكفيل :

إذا قدم المدين كفيلاً موسراً ، ومقيمـًا بالبلاد ، وتتوافر لديه أهلية ابرام العقد ، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه بتقديم كفيل . ولكن ما هو الحل إذا فقد الكفيل أحد هذه الشروط بعد ذلك ، كما لو فقد أهليته أو أصبح معسراً ، أو غير موطنه ؟

يذهب الرأى الغالب إلى أن المدين يلتزم بتقـديم كفيل آخر تتوافر فيه الشروط السـابقـة وذلك إذا طلب الدائن ذلك . أمـا إذا كـان الكفـيل قـد تم اختياره بواسطة الدائن ، فإن المدين لا يلتزم بتقديم شخص آخر يحل محله إذا فقد أحد الشروط الواجبة . ونفس الحكم إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين [١] .

« وإذا أعسر الكفيل اعساراً جزئياً ، جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول ، وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملئ ، ولم يكن هذا مليئًا منذ البداية . ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه لأن التزام هذا الأخير يبقى فى تركته » .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ، ص ٥٧.

(جـ) تقديم تأمين آخر بدل الكفالة :

يجيز القانون للمدين أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، سواء كنا بصدد كفالة قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، فالتأمين العينى يحقق ضماناً أكثر للدائن فى استيفاء حقه . وعلى هذا يكون المدين بالخيار بين تقديم كفيل أو تأمين عينى للدائن بشرط أن يكون هذا التأمين كافيًا . وإذا نازع الدائن فى كفاية التأمين العينى ، فإن تقدير الأمر متروك لقاضى الموضوع .

وعلى هذا يستطيع المدين أن يقدم للدائن بدلاً من الكفالة رهنًا رسميًا أو رهنًا حيازيًا على أى منقولات ذات قيمة ، ويمكن أن يرد الرهن على قيم منقولة كالأوراق المالية .

(د) كفيل الكفيل أو المصدق :

المصدق هو الشخص الذى يكفل الكفيل ، لذا فهو كفيل الكفيل . والمصدق يكفل التزام الكفيل دون التزام المدين أى أنه يكفل الالتزام التابع وليس الالتزام الأصلى . يلتزم المصدق بوفاء التزام الكفيل وليس التزام المدين الأصلى . وعلاقة المصدق بالكفيل هى نفس علاقة الكفيل بالمدين ، ومن ثم تخضع لنفس أحكام الكفالة ، ذلك أن التزام المصدق هو التزام تابع لالتزام الكفيل .

ويعتبر المصدق فى علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل ، وفى علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصليًا بالنسبة له ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لللدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل [١] ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصلى والكفيل المكفول معسرين . ولا يرجع الدائن على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلى .

ويستطيع المصدق أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلى

---

(١) م ٧٩٧ مدنى .

ثم على الكفيل ، وذلك قبل الرجوع عليه هو ، وله كذلك الدفع بالتجريد ازاء المدين وازاء الكفيل ، فله أن يدفع بتجريد المدين الأصلى ثم بتجريد الكفيل ، أى أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على أموال المصدق قبل أن ينفذ على أموال المدين الأصلى أولاً ثم على أموال الكفيل .

وليس للمصدق أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فالكفيل يكفل التزام المدين الأصلى ، أما المصدق فيكفل التزام الكفيل ، أما إذا كنا بصدد أكثر من مصدق لنفس الكفيل ، فإن الدين ينقسم بينهم لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل .

« ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلى . ويجوز أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للابطال ، وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلى ، وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلى، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذى كفله باسم هذه الكفيل ، كما يستعمل حقوق المدين فى الدعوى غير المباشرة » .

ويختلف الحكم إذا كان المصدق متضامناً مع الكفيل ، فتنطبق عليه أحكام الكفيل المتضامن ، ومن ثم فليس له أن يطلب من الدائن الرجوع على المدين الأصلى أو على الكفيل أولاً ، وليس له أن يدفع بالتجريد كذلك أى طلب التنفيذ على أموالهما فى البداية (١).

وإذا قام المصدق بالوفاء بالدين ، كان له الرجوع على الكفيل أو على المدين الأصلى ، وعليهما معاً مسؤولين بالتضام ، ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

---

(١) Cabrillac et Moully, Droit des suretés , 1995, P. 483.

وكفالة المصدق لا تفترض بل يجب الاتفاق عليها صراحة ، فإذا كفل المدين الأصلى كفيلان ، يسبق أحدهما الآخر فى الكفالة ، فإن ذلك لا يعنى أن الكفيل المتأخر يكفل الكفيل المتقدم ، بل يكون كل منهما كفيلاً للمدين الأصلى ، وتطبق القواعد الخاصة بتعدد الكفلاء .

المبحث الثانى
ابرام الكفالة

الكفالة عقد يخضع للقواعد العامة فى ابرام العقود ، لذا سنكتفى فى هذا الصدد بالاحالة إلى النظرية العامة للعقد ، مع الاشارة إلى بعض الأحكام الخاصة التى يمكن أن تثور فى هذا المجال .

(أ) أطراف الكفالة :

الكفالة عقد ينعقد بالاتفاق بين الدائن والكفيل لضمان دين المدين ، إلا أن المدين ليس طرفًا فى هذا العقد ، لذا فإنها تنعقد بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل ، دون حاجة إلى تدخل المدين أو رضائه بل ويمكن ابرام الكفالة بغير علم المدين ، وتجوز أيضاً رغم معارضته [1] .

ويتم عقد الكفالة فى الغالب برضاء المدين بل وبناء على طلبه ، وتنفيذاً لالتزامه بذلك فى مواجهة الدائن ، إلا أن الكفالة تنعقد فى النهاية بين الكفيل والدائن فقط . ويمكن أن يكون هناك أكثر من كفيل للمدين ، والكفيل قد يكون عادياً وقد يكون متضامناً مع المدين ، بل ويمكن أن نوجد بصدد كفيل للكفيل أو ما يسمى بالمصدق كما رأينا من قبل[2] .

وبالرغم من أن عقد الكفالة ينعقد بين طرفين هما الدائن والكفيل ، إلا

---

(١) م ٧٧٥ مدنى .
نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ س٢٣ ص ١٤٨٧ .

(٢) ما سبق ص ١٠٠ .

أنه يُعتبر محصلة علاقات ثلاث تختلف كل علاقة عن الأخرى من حيث أطرافها وموضوعها .

فهناك علاقة الدائن والمدين ، والتى تنشأ الكفالة كنتيجة لها أى لضمان وفاء المدين بدينه للدائن ، وهناك العلاقة بين الكفيل والدائن التى تتمثل فى عقد الكفالة ، هذا بالاضافة إلى العلاقة بين المدين والكفيل ويحكمها الاتفاق المبرم بينهما ، وفى حالة عدم وجود هذا الاتفاق ، فإن القانون هو الذى ينظم هذه العلاقة كما سنرى .

(ب) التعبير عن التراضى :

يلزم لانعقاد الكفالة توافر التراضى عليها بتطابق ارادتى الدائن والكفيل ، ونظراً لأن الكفيل هو الذى يلتزم بعقد الكفالة ، فإن رضاءه بها يعد جوهرياً ، لذا ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب أن يتم التعبير عن رضاء الكفيل بكفالة المدين صريحًا ، أى أن الكفيل يجب أن يقبل كفالة المدين بصورة صريحة ، أما الدائن فيجوز أن يعبر عن ارادته بقبول الكفالة ، طبقًا للقواعد العامة ، صراحة أو ضمناً .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن تعبير الكفيل عن رضائه بالكفالة يمكن أن يكون صريحاً ، ويمكن أن يكون ضمنياً وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تجيز أن يكون التعبير عن الارادة بصورة صريحة أو بصورة ضمنية ، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانونى يشترط التعبير الصريح . ولم يشترط المشرع مثل هذا الشرط . وإذا كان المشرع قد اشترط الكتابة لاثبات الكفالة، فإن ذلك ليس شرطًا للانعقاد وليس دليلاً على أن يكون رضاء الكفيل صريحاً .

إلا أنه من المتفق عليه أن ارادة الكفيل يجب أن تكون مؤكدة وواضحة ، أى أن ارادته فى ضمان المدين محققة ، وأن يكون رضاؤه بالكفالة واضحاً لا يثير مجالاً للشك (١) . ولا يهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الرضاء أو

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضى بأن الكفالة من عقود التبرع فيجب أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك ، فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن =

الألفاظ المستعملة فى ذلك . فلا يكفى مجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه أو تحبيذ التعاقد معه حتى نعتبره كفيلاً عنه .

وإذا ثار الشك حول تفسير ارادة الكفيل فى الالتزام ، فإن قاضى الموضوع يستقل بالكشف عن هذه الارادة طبقًا للقواعد العامة فى تفسير العقود [1] ، وينبغى فى هذا الصدد تفسير الشك فى مصلحة المدين أى الكفيل فى هذه الحالة .

(جـ) الوعد بالكفالة :

يمكن أن يتم الوعد بالكفالة بين المدين والدائن ، ويمكن أن يتم بين الكفيل والدائن ، أو بين الكفيل والمدين .

« يتفق على الكفالة ، فى العادة ، بين الدائن والمدين ، ويتقدم الكفيل إلى الدائن ، لتبرم الكفالة فى ذات الوقت مع العقد الأصلى بين الدائن والمدين .

ومع ذلك ، قد يبرم العقد الأصلى دون الكفالة ، اكتفاء بتعهد المدين فيه بتقديم كفيل . فيعتبر هذا التعهد وعداً بالكفالة . ولكن هذا الوعد ليس فى الحقيقة ، وعداً بعقد ، يلزم الواعد خلال المدة المعينة فيه ، بابرام العقد إذا ما أراده الموعود له ، بل عقد قائم بذاته ينشئ فى ذمة المدين ، التزاماً باتاً بتنفيذه ، محله عمل معين ، يجب على المدين أداؤه بتقديم الكفيل المتفق

=يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ويقرض مقابل الرهن فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين . (الطعن رقم ٣ لسنة ٧ق جلسة ١٩٢٧/٤/١ الموسوعة الذهبية جـ٨ ص ٦٩٤) .

(١) وقضى بأن لمحكمة الموضوع أن تستخلص مما ورد فى محضر جلسة إحدى الدعاوى ، وفى حدود سلطتها الموضوعية فى تفسير الأوراق ، التزام الكفيل بكفالة المدين فى الريع المطالب به، على أساس ان هذا الالتزام صادر منه ، لحصوله من محاميه وعدم اعتراضه عليه ، بما يستفاد منه فى حضوره إجازته لهذا الالتزام ، ولا يفيد فى المنازعة ، القول بأن توكيل المحامى لا يتسع لهذا التصرف .

نقض ١٩٧٢/٥/٩ س٢٣ جـ ٢ ص ٨١٩ .

عليه ، إذا كان قد عين ، أو بتقديم كفيل تتوافر فيه الشرائط التى أوجبها القانون ، إذا لم يكن قد عين شخص بذاته للكفالة . وإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه ، حكم عليه بالتعويض ، فضلاً عن سقوط أجل الدين » .

ويمكن أن يتم الاتفاق بين الكفيل والدائن لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة ، حيث يلتزم شخص أمام الدائن بأن يكفل الدين الذى لم ينشأ بعد فى ذمة المدين ، فإذا قبل الدائن هذا الوعد ، فإن الواعد يلتزم بكفالة الدين عند نشأته ، وإذا رفض ، فإن حكم القاضى يلزمه بذلك وتطبق عليه قواعد الكفالة . ويذهب البعض إلى القول بأننا بصدد كفالة ، وليس وعداً بها، إلا أنها معلقة على شرط واقف هو ابرام العقد الأصلى ونشوء الدين المكفول به فى ذمة المدين .

« وقد يقوم الوعد بالكفالة بين الكفيل والمدين ، فيعتبر هذا الوعد عقداً نهائيًا ، لا وعداً بعقد ، ينشأ عنه ، فى ذمة الواعد ، التزام بعمل ، ويرى الفقه ، فى هذا الوعد ، اشتراطاً لمصلحة الدائن ، ولم لم يكن معروفًا وقت ابرامه ، يخول لهذا الأخير أن يتمسك به قبل الواعد ، وأن يطالبه بتنفيذه » .

(د) سلامة التراضى :

يجب ، لقيام الكفالة صحيحة ، أن يكون التراضى الصادر من العاقدين سليماً ، خالياً من العيوب التى تفسده ، فيلزم ألا يكون رضاء أحدهما مشوباً بغلط أو تدليس ، أو اكراه أو استغلال . وتسرى فى عيوب الرضاء فى الكفالة القواعد العامة .

فتكون الكفالة قابلة للابطال إذا وقع الكفيل فى غلط فى شخص المدين أو فى صفة من صفاته ، فهذا غلط جوهرى يدفع الكفيل إلى قبول الكفالة ، ويترتب عليه تعيب ارادته . وكذلك الحال إذا وقع الكفيل فى غلط جوهرى فى خصوص الدين الذى يكفله .

وتكون الكفالة قابلة للابطال إذا تعرض الكفيل لحيل تدليسية ، تدفعه

إلى قبول الكفالة ، وسواء صدرت هذه الحيل من الدائن أو من المدين[1]، مثال ذلك ايهام الكفيل بأن المدين ملئ ، أو أن هناك ضمانات أخرى تضمن الدين ، ثم يتضح عدم صحة ذلك .

وكذلك الحال إذا أبرم الكفيل الكفالة تحت تأثير الاكراه [2]. أو الاستغلال.

(هـ) أهلية ابرام الكفالة :

بالنسبة للدائن ، تعتبر الكفالة عملاً نافعاً نفعاً محضاً لأنها ، فى الأصل،

---

(١) حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد ، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير باخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة - التى ادعى الشريك أنه يمثلها - مع المدين فيالوفاء بالدين فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسؤوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسؤولين لأن مسؤوليته مردها الخطأ التدليسى . (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٢٥) .

ويضيف نفس الحكم بأنه : إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير فى غير أغراضها فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة إلا أنه يلزمه شخصياً قبل الغير الذى تعاقد معه ، وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسؤولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها منتحلاً فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير الشركة حالة كونه غير مدير بها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون.

(٢) إن جسامة الخطر الذى ينشأ عنه الاكراه يتم تقديره بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الاكراه وهذا يستدعى مراعاة حالته عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للاكراه قولاً منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب فضاع منه السند فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلاً منه فأبى إلا إذا وقع هو له اقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله فلم يجد مناصاً من القبول - فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى ارادة الكفيل وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه فهذا رد سديد .
وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول فيها لا يكون الاكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه .(الطعن رقم ٢٧ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٤/١) .

تكون بلا مقابل ، لذا لا يشترط فيه سوى أهلية الاغتناء أى مجرد التمييز ، أما إن كانت الكفالة بمقابل ، فيلزم أن تتوافر للدائن الأهلية الكاملة ، حيث تصبح الكفالة تصرفاً يدور بين النفع والضرر .

أما بالنسبة للكفيل ، فالكفالة تعتبر عملاً تبرعياً ، لذا وجب أن يكون الكفيل كامل الأهلية ، فإذا كان عديم أو ناقص الأهلية كانت الكفالة باطلة أو قابلة للابطال بناءاً على طلبه أو طلب نائبه القانونى . لذلك يشترط فى الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع أى كامل للأهلية .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً ، فإذا كفله كانت الكفالة باطلة ، كما لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه ، ولو بـاذن المحكمة ، عقد كفالة، أى باعتباره كفيلاً ، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ، ولو بإذن المحكمة ، إلا لواجب انسانى أو عائلى[1] .

(و) اثبات الكفالة :

الكفالة عقد رضائى ، تخضع لمبدأ الرضائية السائد فى ابرام العقود ، لأن المشرع لم يستلزم شكلاً معيناً لانعقادها ، فهى تنعقد بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل .

ولكن المشرع اشترط صراحة الكتابة لاثبات عقد الكفالة ، وذلك بالنص على أنه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة [2] .

وتبرر المذكرة الايضاحية ذلك بقولها « أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الاثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع ، وقد يكون من

---

(١) أنظر مؤلفنا فى نظرية الحق ، الاسكندرية ١٩٩٨ .

(٢) م ٧٧٣ مدنى .

العسير أو قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالته من طريق شهادة الشهود وحدها ، ولذلك قلما تتم الكفالة بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الاثبات بالبينة ، فلهذه الأسباب قد قرر المشرع ، حماية للكفيل ، عدم جواز اثبات الكفالة إلا بالكتابة» (١).

وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل ، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائمًا إلى الوفاء للدائن ، فى حين أنه فى رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئًا لعجزه عن اثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود. على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة ، وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضاً للكفالة .

ويجمع الفقه على أن الكتابة شرط للاثبات وليست للانعقاد ، فالكفالة تظل عقداً رضائيًا يرتب آثاره بمجرد توافر أركان انعقاده وشروط صحته ، ولو لم يكن مكتوباً . فإذا تخلفت الكتابة فإن ذلك لا يؤثر على وجود العقد ، بل تثور الصعوبة فى اثباته ، فيجوز اثبات الكفالة ، عند تخلف الكتابة ، بما يقوم مقامها كالاقرار أو اليمين ، أو القرائن والبينة فى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو مانع من الحصول على كتابة ، أو فقد السند الكتابى بسبب أجنبى ، طبقاً للقواعد العامة فى الاثبات .

ولعل السبب فى تشدد المشرع فى اثبات الكفالة بالكتابة هو خطورة التصرف وضرورة تنبيه الكفيل إلى أهمية ما هو مقدم عليه حيث يصبح مسؤولاً عن الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين . والاثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والدائن ، أما فيما بين الكفيل والمدين ، فلا تشترط الكتابة لأن المدين ليس طرفًا فى عقد الكفالة ، فإذا أراد الكفيل الرجوع على المدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٢٦

بعد الوفاء بالدين ، فإن هذا الرجوع يخضع للقواعد العامة فى الاثبات .

ويجوز اثبات الكفالة بالبينة – على سبيل الاستثناء ، فيما بين الدائن والكفيل فى الحالات التى يكون فيها التزام الكفيل تجارياً ، كما رأينا من قبل [(1)] .

والكتابة لازمة لامكان الاحتجاج بها على الغير ، ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ لاحداث هذا الأثر ، مثال ذلك وفاء الكفيل للدين والحلول محل الدائن فى رهن رسمى مع وجود دائن مرتهن تال له فى المرتبة .

والكتابة ضرورية كذلك لاثبات الوعد بالكفالة لاتحاد العلة وعموم النص [(2)] ، وعلى هذا لا يجوز التمسك بالوعد بالكفالة إلا إذا كان هذا الوعد ثابتاً بالكتابة .

(ى) السبب فى الكفالة :

تقضى القواعد العامة بأنه : إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً . وكل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك[(3)] .

ولتطبيق تلك الأحكام على عقد الكفالة ، يلزم أن يكون الهدف منها مشروعاً ، فإذا كان الباعث الدافع إلى ابرام الكفالة غير مشروع ، فإنها تعتبر باطلة ، كمن يكفل خليلته ليحظى باستمرار معاشرتها له . ويكون سبب الكفالة غير مشروع كذلك إذا نشأت لضمان دين لا يقرره القانون لعدم مشروعية مصدره ، مثال ذلك كفالة دين القمار أو صفقات المخدرات

---

(1) ما سبق ص ٨٨ .

(1) م ٧٧٣ مدنى .

(2) م ١٣٦ ، ١٣٧ مدنى .

والأسلحة الممنوعة . وتكون الكفالة باطلة كذلك إذا كان الهدف منها حمل الدائن أو المدين على ارتكاب عمل غير مشروع ، وبصفة عامة تبطل الكفالة كلما كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون . ويكمن أساس البطلان فى هذه الحالات ، فى عدم مشروعية السبب أى الباعث الدافع إلى الالتزام بالكفالة .

ويلزم للحكم ببطلان الكفالة اثبات عدم مشروعية السبب . فالأصل هو المشروعية ، وعلى من يدعى خلاف الثابت فى العقد ، وهو الظاهر، اثبات ما يدعى ، ويستطيع أن يلجأ فى ذلك إلى كافة طرق الاثبات .

وحرصًا على استقرار التعامل فإن المشرع يستلزم للحكم بالبطلان أن يكون الطرف الآخر المكفول له على علم بعدم مشروعية غاية الكفيل ، أى يجب أن يكون الدائن عالمًا بالباعث غير المشروع لدى الكفيل وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأة له ويضر به كمتعاقد حسن النية ، وهذا ما يعبر عنه الفقه بأنه يشترط للحكم بالبطلان أن يكون السبب غير المشروع داخلاً فى نطاق عقد الكفالة أى يكون الطرف الآخر على علم به أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

ويسهل تبين السبب غير المشروع إذا كان الباعث ظاهراً من تعبير المتصرف ، الصريح أو الضمنى . ويمكن الكشف عن هذا الباعث من الظروف التى أحاطت بالكفالة وملابسات ابرامها (١).

---

(١) Planiol et Ripert, T. XIII,n. 1308.

المبحث الثالث

الالتزام المكفول

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين . إن محل التزام الكفيل يتمثل فى الوفاء بالالتزام الأصلى الواقع على عاتق المدين إذا تقاعس عن تنفيذه ، فالتزام الكفيل يعتبر التزاماً احتياطياً لالتزام المدين الأصلى ، ومن ثم فهو يتسم بالتبعية لهذا الالتزام . فلا يقوم التزام الكفيل إلا بقيام الالتزام المكفول . ويترتب على الارتباط بين الالتزامين التبعية بينهما من حيث الوجود ، والصحة والانقضاء .

وبناء على ذلك فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً وصحيحاً .

المطلب الأول

وجود الالتزام المكفول

تفترض الكفالة قيام التزام أصلى لضمان الوفاء به ، فيجب أن يوجد التزام يضمنه الكفيل . ومن ثم لا تقوم الكفالة إذا لم يكن هناك التزام أصلى تتوافر فيه مقومات وجوده كالتزام قانونى .

ويستوى فى ذلك أن يكون مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون ، فيمكن كفالة الالتزام الناشئ عن عقد القرض أو الثمن المتفق عليه فى عقد البيع . وقد يكفل الشخص أداء مبلغ التعويض الذى يلتزم به المتسبب فى الضرر بخطئه . وقد يضمن الكفيل التزام الجار بتعويض جاره عن الأضرار غير المألوفة التى يسببها له .

ولا يهم نوع محل الالتزام المكفول ، فقد يتمثل فى مبلغ من النقود ، وهذا هو الغالب فى العمل ، كما فى حالة المقترض فى النقود التى يقترضها . وقد يتمثل محل الالتزام الأصلى فى إعطاء أو عمل أو امتناع عن عمل ، كما فى حالة كفالة التزام المقاول بعمل منشآت بصفات معينة ،

وكفالة التزام البائع بتسليم الشئ المبيع ، وكفالة التزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى نفس المكان (١).

ويجب أن يكون محل الالتزام المكفول مستوفياً للشروط التى يلزم توافرها فى محل الالتزام بصفة عامة ، فيجب أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً . وتخلف شرط من هذه الشروط يؤدى إلى تخلف التزام المدين ، وبالتالى تخلف محل التزام الكفيل (٢).

المطلب الثانى
كفالة الالتزام المستقبل

أجاز القانون كفالة الالتزام المستقبل . يتفق ذلك مع الفقه الاسلامى الذى يرى جواز كفالة الدين الاحتمالى المستقبل ، حيث أن الأصل جواز كفالة ما سيثبت فى الذمة . تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ، كما تجوز كفالة الدين الشرطى ، على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ (٣) .

---

(١) الكفالة يمكن أن ترد على أى التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بالتعويضات .

وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما ، بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر فى حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء ، وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما . نقض ١٩٦٩/٤/١٧ س ٢٠ جـ ٢ ٦١٦ .

(٢) أنظر مؤلفنا فى مصادر الالتزام ، بيروت ٢٠٠٠ ، الاسكندرية ٢٠٠5 .

(٣) م ٧٧٨ مدنى .

استقر قضاء النقض على أن كفالة الالتزام المستقبل شأنها شأن كفالة الالتزام الموجود فعلاً فى ذمة المدين تكون تابعة للالتزام الأصلى لا تقوم إلا بقيامه . نقض ١٩٧٢/٢/٢٨ س ٢٢ جـ ٣ ص ١٤٨٧ .

واجازة كفالة الالتزام المستقبل يعد استجابة للحاجات العملية ، على الأخص فى عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد ، حيث تجوز كفالة فتح الاعتماد ، فمن يفتح اعتماداً فى مصرف ، يقدم كفيلاً ليضمن الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح . وكفالة الرصيد المدين فى الحساب الجارى . وكذلك يستطيع التاجر أن يقدم كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتريه من تاجر الجملة .

وتعتبر كفالة الالتزام المستقبل استثناء من قاعدة وجوب ارتكاز الكفالةعلى التزام موجود عند انعقادها ، وقد تم النص على جواز كفالة الالتزام المستقبل كاستثناء على هذا المبدأ .

والواقع إن كفالة الالتزام المستقبل هو التزام صحيح وبات لأن الالتزام المكفول وإن لم يكن موجوداً إلا أنه قابل للوجود ، ويكون محل التزام الكفيل شئ مستقبل تطبيقاً للقواعد العامة التى تقرر جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، فيجوز بيع الشئ قبل وجوده، ويجوز التعامل فى الأشياء المستقبلة ، وذلك باستثناء التركات المستقبلة ، حيث يبطل الالتزام فى تركة مستقبلة وتبطل تبعاً له الكفالة .

ويترتب على ذلك أن كفالة الالتزام المستقبل تكون قائمة وصحيحة ، ويلتزم بها الكفيل بمجرد انعقادها ولو لم يوجد الدين المكفول بعد ، فإذا وجد الدين فإن الكفيل يضمن الوفاء به .

ولكن كفالة الالتزام المستقبل مقيدة بقيدين :

الأول : وجوب تحديد المبلغ المكفول مقدماً .

يثور التساؤل عما إذا كان من الضرورى تحديد الالتزام المكفول ، سواء بتعيين الحد الأقصى له ، أو بتعيين مقداره إذا كان مبلغاً من المال .

لا يشترط الفقه الاسلامى « تحديد مقدار الدين المكفول مقدمًا ، وإن كان الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة فى هذه الحالة أن يتحقق العلم بمقدار الدين فى المستقبل، وهو أمر يتحقق فى الواقع لأن المطالبة بالدين (سواء وجهت للكفيل أو المدين) تفترض تحديد مقداره لأنه لا مطالبة بمجهول » .

ولكن القانون يذهب مذهباً مغايراً ، حيث يشترط لانعقاد الكفالة تحديد مقدار الدين المكفول أو الحد الأقصى الذى يمكن أن يصل إليه ، وإلا كانت الكفالة باطلة ، والحكمة من استلزام ذلك الشرط هو وجوب حماية الكفيل حتى يكون على بينة من الدين الذى يكفله ، وكى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره ، لا سيما وإنه يقبل الكفالة عادة على سبيل التبرع.

ويكفى أن يكون الدين المكفول محدد المقدار أو قابل للتحديد أو التعيين (١) ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى يكفى لقيام الالتزام وفقاً لها ، أن يكون محله معيناً أو قابلاً للتعيين ، وعلى ذلك يجوز كفالة التعويض الذى يحكم به على المتسبب فى الضرر بفعله الخاطئ .

الثانى : امكانية رجوع الكفيل فى تعهده .

يفرق المشرع بين فرضين

١- تعيين مدة الكفالة : فإذا عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبل ، فإنه يظل مقيداً بالكفالة طوال هذه المدة ، فلا يجوز له أن يرجع فى الكفالة فى خلال المدة المحددة . فإذا وجد الدين وحل أجله

---

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٩ س٢٣ ص٨١٩ .

وقضى بأن كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى - كفالة لدين مستقبل - شرط صحتها - وجوب تحديد قدر الدين الذى يضمنه الكفيل مقدماً فى عقد الكفالة .

كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالة لدين مستقبل لا يتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته واستخراج الرصيد. ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة - وفقاً لنص المادة ٧٧٨ من القانون المدنى - إلا إذا حدد الطرفان مقدماً فى عقد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيل . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فى قضائه وانتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين فى التوريد فى حدود المبلغ الذى تسلمه وقد ورد المدين أقطاناً تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، ولم يتضمن العقد تحديداً لأى مبلغ يكفله المطعون ضده عن رصيد الحساب الجارى للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسؤول عن كفالة هذا الرصيد ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . (الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ س٢٧ ص ٦٣٧) .

ولم يوفه المدين ، فإن الكفيل يلتزم بالوفاء به طالما كان ذلك خلال المدة المذكورة . وإذا نشأ جزء من الدين ، فإن الكفيل يضمن هذا الجزء فقط وليس الحد الأقصى لمبلغ الكفالة ، لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة بشرط ألا يزيد عن الحد الأقصى السابق تحديده (١). وإذا لم ينشأ شئ من الدين خلال المدة المعينة للكفالة ، فإن ذمة الكفيل تبرأ نهائياً وتنقضى الكفالة ، هذا ما لم يتفق على تجديدها .

٢- عدم تعيين مدة للكفالة . فإذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ، فإن له الحق فى الرجوع عنها والتحلل من التزامه فى أى وقت ما دام الدين المكفول لم ينشأ ، أما بعد نشأة الدين فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع فى الكفالة وتصبح ملزمة له (٢). ويجب لكى ينتج الرجوع أثره علم الدائن به وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تقضى بأن التعبير لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم الدائن(٣).

---

(١) إذا عين الكفيل فى الالتزام المستقبل مدة الكفالة فإنه يكون ضامناً لما ينشأ فى ذمة المدين من التزامات خلال هذه المدة بشرط ألا تتجاوز هذه الالتزامات الحد الأقصى المتفق على كفالته وإذا كان الطاعن الثانى قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه ضمن الديون التى تنشأ فى ذمة الطاعن الأول حتى .. فى حدود مبلغ .. جنيهاً كما هو ثابت من عقد الكفالة المعقود بينه وبين البنك المطعون ضده فى .. وأن الطاعن الأول قد ورد للبنك خلال تلك المدة أقطاناً تزيد قيمتها عن المبلغ المكفول فبرئت ذمته بذلك من هذا المبلغ وكان الحكم المطعون فيه لم يحقق هذا الدفاع الجوهرى أو يرد عليه فإنه يكون معيباً قاصر البيان . (الطعن رقم ٣١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ س٢٧ ص١٣٤٥) .

(٢) لا يقبل من ورثة الكفيل قولهم أنهم عدلوا عن كفالة مورثهم للريع المطالب به باعتباره ديناً مستقبلاً ، لأن الثابت من الحكم المطعون فيه ، أن هذا الدين كان قد نشأ واستحق قبل رفع الدعوى به ، بما ينفى عن كفالته ، أنها عن دين مستقبل وقت ذلك العدول . (الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٥/٩ س ٢٣ ص ٨١٩) .

(٣) م ٩١ مدنى .

المطلب الثالث
كفالة الالتزام القانونى

يجيز القانون كفالة الالتزام المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل . ومؤدى ذلك أن الكفالة جائزة فى الدين الشرطى . ويمكن تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد ، حيث تكون الكفالة ، تطبيقًا لفكرة التبعية ، معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الالتزام الأصلى ، سواء كان شرطًا فاسخًا أو شرطًا واقفًا ، أى أن مصير التزام الكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول .

فإذا كان الدين المكفول معلق على شرط واقف ، فإن التزام الكفيل يكون معلقًا على ذات الشرط ، فإذا تحقق الشرط ، فإن كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل يصبح نافذًا وباتًا . وإذا كان الدين المكفول معلق على شرط فاسخ ، فإن الكفالة تكون هى أيضًا معلقة على ذات الشرط ، فإذا تحقق هذا الشرط زال كل من التزام المدين والتزام الكفيل فى نفس الوقت بأثر رجعى ، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ فإن كل من الالتزامين يصبح باتًا .

ويجوز كفالة الدين المضاف إلى أجل ، فإذا كان الأجل واقفًا ، فإن الدين يصبح نافذًا بحلول هذا الأجل ، وينفذ التزام الكفيل بالتبعية له فى ذات الوقت ، أما إذا كان الأجل فاسخًا . فإن الالتزام الأصلى ينقضى بحلول الأجل ، وينقضى بالتبعية له التزام الكفيل .

المطلب الرابع
كفالة الالتزام الطبيعى

يعتبر الالتزام المدنى التزامًا كاملاً ، لأنه فى حالة تخلف المدين عن الوفاء به ، فإن السلطة العامة تساعد الدائن على تنفيذه جبرًا على المدين ، وهذا بعكس الحال فى الواجب الأدبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد أى الزام فى الوفاء بهم .

وبين الالتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة من الالتزامات هى الالتزامات الطبيعية ، فالالتزام الطبيعى يعتبر التزامًا ولكنه ناقص لأنه لا يحميه جزاء ، أى لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين ، بل يكون هذا الأخير حراً فى الوفاء أو عدم الوفاء به ، إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعًا بل هو وفاء لأن الالتزام الطبيعى ، وإن كان مجرداً من عنصر الجبر ، إلا أنه مع ذلك التزام قائم فى ذمة المدين .

فإذا كان الالتزام المدنى ينطوى على عنصرين : المديونية ، وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به ، والمسؤولية ، وهى اجبار المدين على الوفاء بواجبه ، فإن الالتزام الطبيعى التزام ناقص لا ينطوى إلا على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية . ومن أمثلة الالتزام الطبيعى ، التزام الأب بتجهيز ابنته ، وإذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى [١] .

يجمع الفقه على أنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية ، ذلك أن الكفالة التزام تابع ، فلا يجوز أن تكون أشد أو أفضل أثراً من الالتزام الأصلى ، فكفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا أُعترف به ، وألحق تفريعًا على ذلك بالالتزامات المدنية .

وليس من المتصور كفالة الالتزام الطبيعى لأن هذا الالتزام غير ملزم للمدين به ، ومن شأن كفالته أن يؤدى ذلك إلى اجبار المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعى بطريق غير مباشر ، حيث يرجع الدائن على الكفيل لالزامه بالوفاء بالدين ، ويرجع الكفيل بعد ذلك على المدين الأصلى ، أى أن هذا الأخير يلتزم فى النهاية بالوفاء بالتزامه وهذا غير جائز .

ويمكن أن ينقلب التزام الكفيل من التزام مدنى إلى التزام طبيعى ، كما لو انقضى التزام المدين بالتقادم . « ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالمًا بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن

---

(١) م ٣٨٦ مدنى .

يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ، ومنها الدفع بنقص الأهلية، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزامًا طبيعياً ، ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه » .

وإذا تقدم الكفيل لضمان الوفاء بدين الغير وهو عالم بأن هذا الدين غير ملزم للمدين لأنه مجرد التزام طبيعى ، فإنه يترتب على ذلك أن الكفيل يصبح ملتزمًا التزامًا مدنيًا أصليًا بالدين وليس التزامًا تابعًا ، ولا نكون بصدد كفالة فى هذه الحالة . ولا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين الأصلى بما وفاه إلا إذا كان هذا المدين قد تعهد بذلك للكفيل صراحة أو ضمنًا ، ومن شأن هذا التعهد أن يحول الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى ، ونكون بصدد كفالة بالمعنى الصحيح .

المطلب الخامس
كفالة الالتزام الباطل أو القابل للابطال

يكون الالتزام باطلاً إذا نشأ بالمخالفة لقاعدة قانونية آمرة تقرر عدم مشروعيته ، والبطلان هنا مطلق لأنه مقرر كجزاء على تخلف ركن من أركان التصرف ، كالشكل أو الرضا أو المحل أو السبب أو عدم مشروعيته . أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة ، كما إذا كان هناك عيب فى الرضى (غلط أو تدليس..) أو نقص فى أهلية المتعاقدين فإن العقد يكون قابلاً للبطلان ، والبطلان هنا نسبى[1] .

والتصرف الباطل بطلانًا مطلقًا لا يرتب أية آثار حيث يولد منعدمًا، ويتمسك ببطلانه كل ذى مصلحة . وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، أما التصرف الباطل بطلانًا نسبيًا فيقوم ويرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته فقط ، فإذا ما قضى ببطلانه ، انسحب

---

(١) السنهورى ص ٤٢ .

البطلان إلى الماضى وزال ما رتبه من آثار (الأثر الرجعى للبطلان) ، وهنا يستوى البطلان المطلق والبطلان النسبى .

١- ويقرر المشرع بطلان كفالة الالتزام الباطل ، فتبرأ ذمة الكفيل بدون أداء أو ابراء إذا بطل الحق المكفول به . لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً [1] . فالالتزام الباطل لا تجوز كفالته لأن الكفالة تتبع الالتزام المكفول تبعية كاملة من حيث الوجود والصحة والانقضاء . فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فإن الكفالة ، لصفة التبعية ، تكون باطللة مثله .

وتقضى أحكام الكفالة بأن الكفيل يستطيع التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ، ومن ذلك التمسك ببطلان الالتزام المكفول ، وعلى هذا يستطيع الكفيل التمسك ببطلان هذا الالتزام شأنه شأن المدين به تماماً ، ويترتب على ذلك بطلان الكفالة بالتبعية له .

والأمثلة عديدة على بطلان كفالة الالتزام الباطل ، ككفالة دين القمار ، والفوائد الربوية ، والالتزام المعلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، والالتزام الناشئ عن التصرف فى تركة مستقبلة ، والالتزام الناشئ عن اتفاق الاتجار فى مواد ممنوعة ، أو سلع تموينية بقصد احتكارها بالمخالفة للقانون .

٢- أما الالتزام القابل للابطال فيكون صحيحاً منتجاً لآثاره إلى أن يتم التمسك ببطلانه ، لذا تجوز كفالته ابتداء ، وتتبعه الكفالة فى صحته وبطلانه، فإذا قضى ببطلانه زالت الكفالة بالتبعية له ، وإن بقى بقيت صحيحة وملزمة .

ويقتصر الحق فى طلب بطلان الدين المكفول على المدين به لأن البطلان هنا نسبى مقرر لمصلحته وهو الذى يعلم بسببه (نقض الأهلية أو تعيب الارادة) ويستطيع اثبات شروطه . فإذا تمسك المدين بالبطلان ، فإنه يترتب على بطلان الالتزام الأصلى بطلان التزام الكفيل . وإذا تنازل

---

(١) م ٧٧٦ مدنى .

المدين عن طلب الابطال وأجاز التصرف فإن صحة التزامه تتأكد ، وتتأكد صحة الكفالة بالتبعية .

فلا يجوز للكفيل أن يطلب ابطال الالتزام الأصلى إذا سكت المدين عن ذلك ، أو قام باجازة هذا الالتزام لأن الكفيل لا يستطيع الاستناد إلى سبب خاص بالمدين لطلب الابطال فى الوقت الذى تنازل صاحب هذا الحق عن استعماله . وليس للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن بالوفاء بالدين تمسكاً بقابلية التزامه للابطال كالتزام المدين الأصلى ، لأن مصير هذا الالتزام سيكون قد تحدد صحة أو بطلاناً قبل الرجوع عليه ، فالدائن لابد وأن يرجع على المدين الأصلى أولاً ، والمدين إما أن يتمسك بالبطلان ، فيبطل التزام الكفيل بالتبعية، وإما أن يجيز التصرف صراحة أو ضمناً ، هنا تتأكد صحة كل من التزامه والتزام الكفيل فى نفس الوقت .

تطبق تلك الأحكام فى حالة ما إذا كان الكفيل يعلم بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة ، أما إذا كان غير عالم بهذا السبب (عيب الارادة أو نقص الأهلية) ، فإنه يستطيع طلب ابطال الكفالة استناداً إلى تعيب ارادته هو بعيب الغلط ، حيث تدخل لكفالة التزام صحيح ثم اتضح له أنه قابل للابطال، ويعد ذلك غلط جوهرى دافع إلى التعاقد ، ولو كان يعلم ذلك ما كان أقدم على قبول الكفالة .

وهناك فرض آخر يتم فيه ابرام الكفالة خصيصًا بسبب قابلية الالتزام المكفول للابطال ، أى أن الكفيل لا يعلم فقط بسبب الابطال ، بل تدخل لضمان الالتزام قاصداً ذلك أى لضمان تنفيذه إذا لم ينفذه المدين أو إذا تمسك ببطلانه ، فى هذه الحالة يظل الكفيل ملتزمًا بصفته كفيلاً طالما أن المدين لم يتمسك ببطلان الالتزام المكفول ، فإذا تمسك المدين بذلك أبطلت الكفالة تبعًا لابطال الالتزام المكفول ، ولكن الكفيل يظل ملتزمًا ، ليس بوصفه كفيلاً بالتزام تابع ، ولكن بوصفه مديناً أصلياً لأن التزامه معلق على شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلى الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلاً وقد أصبح مديناً أصلياً بعد تحقق الشرط ، أن ينفذ هو هذا الالتزام .

المطلب السادس
كفالة التزام ناقص الأهلية

أورد المشرع تطبيقاً خاصاً للمبادئ السابقة المتعلقة بكفالة الالتزام القابل للابطال ، هذا التطبيق يتمثل فى كفالة التزام ناقص الأهلية الباطل بطلاناً نسبياً ، فنص على أن من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول . وأضاف بإنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه (١) .

قبل التعرض للأحكام التى أوردها القانون من خلال هذين النصين ، علينا بادئ ذى بدء تحديد نطاق تطبيقهما ، أى مجال اعمال تلك الأحكام

(أ) نطاق تطبيق النص :

يتحدد نطاق تطبيق النص بشرطين :

١ - يجب أن نكون بصدد التزام قابل للابطال بسبب نقص أهلية المدين ، وليس بسبب آخر . ونقص الأهلية قد يكون بسبب صغر السن أو لسفه أو غفلة بعد تقرير الحجر ، أما إذا كنا بصدد عدم التمييز أو الجنون أو العته ، فإن الأهلية تكون منعدمة ويكون الالتزام باطل بطلاناً مطلقاً ولا يطبق النص .

٢- أن يتم ابرام الكفالة بسبب نقص الأهلية ، بمعنى أن الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين ويتقدم خصيصاً لتأمين الدائن ضد خطر تمسك القاصر بالابطال ، فكل من الدائن والكفيل يعلمان بنقص الأهلية ومخاطر التعاقد مع القاصر ، لذا يتم ابرام عقد الكفالة لتغطية هذه المخاطر .

---

(١) م ٧٧٧ ، ٧٨٢ مدنى .

(ب) حكم النص :

يفرق الفقه بين ثلاثة فروض لتوضيح حكم كفالة التزام ناقص الأهلية .

الفرض الأول : عدم علم الكفيل بنقص أهلية المدين بالالتزام المكفول ، لا شك أن المدين يستطيع طلب ابطال التزامه بسبب نقص أهليته ، فإذا حكم له بذلك انقضى التزامه ، وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل بأثر رجعى . أما إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه ، فإن الكفيل يستطيع أن يتمسك ببطلان التزامه هو أى ببطلان الكفالة لأنه أبرمها تحت تأثير الغلط الجوهرى ، أى أن ارادته كانت معيبة بعيب الغلط ، سواء فى صفة جوهرية من صفات المدين (نقص أهليته) أو فى صفة تتعلق بالالتزام المكفول . فالغلط هنا جوهرى يدفع الكفيل إلى قبول الكفالة ، ومن ثم يعد سبباً لتعيب ارادته وبطلان رضائه بالكفالة .

وتمسك الكفيل ببطلان التزامه بالكفالة لعيب الغلط ليس من شأنه التأثيرعلى الالتزام المكفول ، فهذا الالتزام لا يبطل لاستقلاله عن التزام الكفيل ، بل يظل قائمًا منتجًا لآثاره طالما لم يتمسك القاصر أو نائبه القانونى ببطلانه بسبب نقص الأهلية .

الفرض الثانى : علم الكفيل بقابلية التزام المدين للابطال بسبب نقص أهليته ، هنا يتبع التزام الكفيل التزام المدين وجوداً وانقضاءً ، فإذا تمسك المدين الأصلى بنقص أهليته وأبطل العقد مصدر الالتزام المكفول ، انقضى هذا الالتزام ، وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل . فمناط ابطال التزام الكفيل هو ابطال التزام المدين الأصلى . فطالما لم يطلب المدين ابطال التزامه يظل التزام الكفيل قائمًا وملزمًا وليس بوسعه أن يطلب ابطاله أو التحلل منه . وإذا نزل المدين عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فإن التزامه يتأكد ، ويتأكد بالتبعية له التزام الكفيل ، وليس من حق هذا الأخير أن يتمسك بالبطلان بسبب نقض أهلية المدين [1] .

---

(١) اعمالاً لصريح نص المادة ٢/٧٨٢ .

الفرض الثالث : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . فى هذا الفرض بعلم كل من الكفيل والدائن بنقص أهلية المدين وقابلية التصرف للبطلان بسبب ذلك ، وتنعقد الكفالة خصيصاً لضمان الوفاء بدين المدين وتأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان ، أى أن الكفيل يتعهد قبل الدائن بتأمينه فى حالة تمسك المدين بطلب الابطال لنقص أهليته ، ولا يستطيع الكفيل بالتالى أن يتمسك بانقضاء التزامه بالتبعية لانقضاء التزام المدين المكفول لأن ارادة الطرفين قد اتجهت صراحة إلى عكس ذلك ، أى إلى ضمان المخاطر التى يتعرض لها الدائن من احتمال تمسك ناقص الأهلية ببطلان تصرفه والتحلل من التزامه نتيجة لذلك . أى أن التزام الكفيل يظل قائماً وحده فى مواجهة الدائن بالدين بالرغم من انقضاء التزام المدين بالوفاء بهذا الدين ، فالكفيل يصبح هو الملتزم بالوفاء بالدين ، لا بوصفه كفيلاً ، لأن الالتزام الأصلى الذى يكفله قد انقضى ، وإنما بوصفه مديناً أصلياً .

مؤدى ذلك أن الكفالة تبدأ ككفالة عادية وتظل كذلك طالما لم يتمسك المدين ببطلان الدين بسبب نقص الأهلية ، ويكون الكفيل ضامناً للدائن الوفاء بهذا الدين باعتباره كفيلاً لا باعتباره مديناً أصلياً ، فالكفالة تكون فى هذه الفترة صحيحة وحقيقية وتسرى جميع أحكامها . أما إذا تمسك المدين بالبطلان ، فإن الكفالة تنقضى ، ولكن الكفيل يظل ملتزماً بصفة أصلية فى مواجهة الدائن بالوفاء بالدين ، ولكن على أساس يقوم هذا الالتزام ؟

ذهب البعض إلى القول بأن « الكفالة تفقد صفتها بمجرد بطلان الالتزام المكفول وتتحول إلى عقد آخر هو تعهد شخصى بوفاء دين يعادل الدين الباطل ، أى أن الكفالة تتحول إلى تعهد منشئ لالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل ، فنية طرفى العقد كانت تتجه إلى هذا التعهد الشخصى لو علما وقت العقد ببطلان الكفالة » .

وذهب آخرون إلى القول بأن الاتفاق بين الكفيل والدائن فى هذه الحالة، يعتبر « عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير ، يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الابطال ، ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهده عن الغير بأن

طلب المدين الابطال . وعلى ذلك فما بقى الالتزام الأصلى قائمًا ، يبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلاً . أما إذا طلب المدين الابطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى ، زال التزام الكفيل تبعًا لذلك بأثر رجعى . ولكن يتحقق بذلك الاخلال بالتعهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره » .

ويذهب الرأى الراجح إلى القول بأنه « إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى ، كان الكفيل هو المدين الأصلى بموجب العقد الذى أبرمه مع الدائن ، وكان ملزمًا بتنفيذ الالتزام الأصلى لأن المدين الأصلى لم ينفذه ، وفى هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلاً ، بل يكون مديناً أصليًا ، وهو مدين بالالتزام الأصلى تحت شرط واقف وهو ألا ينفذ المدين الأصلى هذا الالتزام . فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلى الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلاً وقد أصبح مديناً أصلياً بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام .

المبحث الرابع

نطاق التزام الكفيل

يرتبط التزام الكفيل بالالتزام المكفول ، أى أن التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصلى بالوفاء بالدين ، ويترتب على هذه التبعية نتيجتان :

الأولى : أن التزام الكفيل يرتبط بالالتزام المكفول فى وجوده وصحته وانقضائه .

الثانية : إن نطاق التزام الكفيل يتحدد بمقتضى الالتزام المكفول ، فنطاق الكفالة يتحدد بالتزام المدين الذى قامت لضمان الوفاء به . ويتحدد التزام الكفيل من ناحية أخرى بعقد الكفالة الذى يعتبر مصدره .

ونعرض لنطاق التزام الكفيل على ضوء على عقد الكفالة من جهة ، وطبقاً لالتزام المدين من جهة أخرى .

المطلب الأول
نطاق التزام الكفيل يتحدد بعقد الكفالة

الكفالة اتفاق ارادى فى العلاقة بين الدائن والكفيل ، ومن ثم يتحدد نطاق التزام الكفيل بصفة أساسية على ضوء بنود هذا الاتفاق ، فعقد الكفالة هو المرجع لمعرفة حدود التزام الكفيل . ويجب توخى الحذر فى استنباط نطاق الكفالة من بنود العقد نظراً لطبيعته الخاصة بوصفه من العقود التى يقصد فيها الكفيل اسداء خدمة للمدين ، ومن ثم ينبغى توخى التفسير الضيق فى هذا الشأن ، ويحتم ذلك التفسير كذلك كون الكفيل مديناً مما يوجب تفسير الشك لصالحه .

وقد يرد التزام الكفيل فى العقد من خلال عبارات عامة غير محددة ، وقد يرد هذا الالتزام فى صورة محددة محصورة النطاق ، وتسمى الكفالة فى الحالة الأولى بالكفالة المطلقة ، وفى الحالة الثانية بالكفالة المحددة .

الفرع الأول
الكفالة المطلقة

تعتبر الكفالة مطلقة إذا وردت بصيغة عامة وبعبارات مجملة غير محددة لحدود التزام الكفيل ونطاقه . فى هذه الحالة يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول ، ويسأل الكفيل مسؤولية مطابقة لالتزام المدين فى مقداره وأوصافه . مثال ذلك الاتفاق على كفالة التزامات البائع فى عقد البيع ، أو التزامات المقاول فى عقد المقاولة أو التزامات المدين فى عقد القرض .

وقد نص المشرع فى هذا الصدد على أنه إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل (١) ، يبين هذا النص ابعاد الكفالة

---

(١) م ٧٨١ مدنى .

المطلقة التى ترد بصيغة عامة ، أى أن حكمه يطبق فى حالة وجود اتفاق خاص مخالف يبين حدود التزام الكفيل على نحو مغاير . ويتضح من النص أن محل التزام الكفيل يتضمن العناصر الآتية :

١ - أصل الدين المكفول ، فالكفيل يكفل كل هذا الدين دون زيادة أو نقصان ، فالتزام الكفيل مماثل للدين المكفول فى مقداره وشروطه وأوصافه.

٢- ملحقات الدين ، كفوائده الاتفاقية أو القانونية، والتعويضات الناشئة عن اخلال المدين بالتزامه سواء بعدم التنفيذ الكلى أو الجزئى أو التأخير فى هذا التنفيذ ، ويدخل فى ذلك أيضاً التعويضات التى يحكم بها على المدين حتى فى حالة فسخ العقد .

وتطبيقاً لما سبق فإن كفالة البائع فى عقد البيع تشمل جميع التزاماته المتولدة عن هذا العقد والتعويضات التى يحكم بها عليه لاخلاله بأحد هذه الالتزامات ، ونفس الشئ بالنسبة للمستأجر حيث تشمل الكفالة التزامه بدفع الأجرة ، والمحافظة على العين المؤجرة ، والاستعمال المألوف لها ، وتسليمها فى نهاية المدة ، وكافة التعويضات التى يحكم بها عليه بمقتضى هذا العقد ، كالتعويض عن التلف أو الحريق .

ويمكن القول بصفة عامة أن الكفيل يضمن المسؤولية العقدية أى كافة الالتزامات والتعوض عنها ، ولا يضمن مسؤولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح يقضى بذلك . وتشمل كفالة الحساب الجارى كل بنوده لأنها لا تقبل التجزئة ، وتقرر محكمة النقض بأن كفالة عقد منح الاعتماد تضمن التزامات العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد إلى الالتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الاعتماد ومصروفاته كالأتعاب والتسجيل والتصديق إلى غير ذلك (١) .

---

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ س ٢٣ ص ٢٦٨ .

وقضى أنه : إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر أن العقد الذى كفله الكفيل فقد أجاز لأى من الدائن أو المدين اجراء تمويل لديون من اعتمادات أخرى إلى ذلك العقد المكفول . ولم تستجيب المحكمة إلى ما تمسك به الكفيل من الزام الدائن بتقدم حساب بالمبالغ التى =

٣- المصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل المطالبة بالدين ، ويجب التفرقة بين نوعين من المصروفات ، مصروفات المطالبة الأولى ، ومصروفات الاجراءات اللاحقة .

فبالنسبة للنوع الأول من المصروفات يلتزم بها الكفيل لأنها خطوة ضرورية للرجوع على الكفيل بعد ذلك ، وتشمل المصروفات السابقة على رفع الدعوى كالتنبيه على المدين بالوفاء ومصروفات رفع الدعوى عليه.

أما عن مصروفات الاجراءات اللاحقة للمطالبة الأولى فلا يضمنها الكفيل إلا إذا كانت قد صرفت بعد اخطاره من قبل الدائن بأنه قد قام بمطالبة المدين . فالدائن يلزم باخطار الكفيل برجوعه على المدين ، حتى يفى بالدين الذى لم يف به صاحبه ، فإذا لم يقم بذلك ، لم يكن هناك بد من السير فى اجراءات الدعوى ، ويتحمل الكفيل كل هذه المصاريف لأنه كان من الممكن أن يتفاداها بوفائه بالدين . أما إذا كانت تلك المصاريف قد أنفقت دون اخطاره ، فإنه لا يلزم بدفعها ، ويقتصر التزامه على دفع مصروفات المطالبة الأولى .

الفرع الثانى
الكفالة المحددة

تكون الكفالة محددة إذا تضمن عقد الكفالة تحديداً واضحاً لنطاق التزام الكفيل ، أى أن الأطراف أوردوا اتفاقًا لرسم نطاق الكفالة بطريقة معينة ، ولم يتركوا ذلك التحديد عامًا على ضوء التزام المدين المكفول . ومن ثم يتعين الالتزام بهذا الاتفاق . فيمكن أن يتم الاتفاق على أن الكفيل لا يضمن سوى أصل الدين دون الفوائد أو الملحقات أو المصاريف. ويجوز تحديد التزام الكفيل فى عقد فتح الاعتماد بضمان حد أقصى معين لما يمكن أن يحصل عليه

=سحبها المدين من الاعتماد المكفول أو ندب خبير لبيان ذلك ، فإن الحكم يكون معيبًا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب .

العميل . ويجوز أن يقتصر الكفيل على ضمان التزام البائع بالتسليم أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ولا يمتد إلى باقى الالتزامات . وقد يحدد الكفيل التزامه بجزء من الدين أو بما يقترضه المدين من مبالغ بعد الكفالة لا قبلها .

والأصل أن الكفالة تتحدد بشخص المدين المكفول ولا تتعداه إلى غيره إلا برضاء الكفيل ، فلا يسأل الكفيل عن الدين إذا استبدل المدين ، بالتجديد ، مدين آخر ، أو إذا تمت حوالة الدين إلى مدين جديد .

وقد تتحدد الكفالة أيضًا من حيث المدة ، فلا يجوز أن تتعدى الوقت المحدد لها . فإذا قبل الكفيل كفالة الشخص لمدة معينة ، فإن التزامه ينقضى بمجرد مضى هذه المدة . وقد يتم الاتفاق على كفالة الديون التى تنشأ خلال فترة زمنية معينة ، فإن الكفالة تنقضى بمرور هذه الفترة ولو لم ينشأ الدين الأصلى خلالها .

وقد أورد المشرع المصرى تطبيقًا لذلك فى عقد الايجار . فبالنسبة لكفالة المستأجر عن مدة الايجار ، تنتهى بانتهاء هذه المدة ، ولا تنتقل إلى الايجار الجديد أى إلى المدة التى يتجدد إليها الايجار تجديدًا ضمنيًا ، إلا إذا رضى الكفيل بذلك (١) .

---

(١) م ٥٩٩ مدنى . امتداد كفلة التزامات مستأجر الأراضى الزراعية بامتداد الايجار بحكم التشريعات الإستثنائية - مناطه قبول الكفيل - علة ذلك .

لئن كان الأصل أنه إذا امتد الايجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته فإنه طبقًا للقواعد المقررة فى امتداد الايجار يمتد بنفس شروط الايجار الأصلى فتكون التزامات المؤجر هى نفسها التزاماته السابقة ، وكذلك تكون التزامات المستأجر وتبقى التأمينات العينية والشخصية التى تكفل التزامات المستأجر فى الايجار الأصلى كافلة لهذه الالتزامات بعد أن امتد الايجار ، إلا أنه متى كان الامتداد تطبيقًا لتشريعات استثنائية فإن الكفيل الذى يكفل المستأجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته لالتزامات المستأجر عن امتداد الايجار إلا إذا قبل ذلك لأنه وقت أن كفل المستأجر كان يقصد كفالته فى المدة المتفق عليها فى الايجار ولم يدخل فى حسابه أن هذه المدة ستمتد بحكم التشريع الاستثنائى ، إذ كان ذلك وكان الطاعن الثالث قد كفل الطاعنين الأول والثانى فى سداد أجرة الستين المتفق عليهما فى العقد وقبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ وهو تشريع استثنائى قضى بامتداد عقود الايجار بحكم القانون إلى نهاية سنة ١٩٦٥/٦٤ الزراعية ، فإن كفالته لا تمتد بامتداد الايجار إلا إذا قبل ذلك . ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واستخلص امتداد الكفالة أخذًا =

وقد تتحدد الكفالة من حيث الأوصاف ، فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط واقف أو فاسخ . مثال ذلك تعليق الكفالة على شرط تقديم كفيل آخر معه لضمان نفس المدين ، أو شرط وجود ضمانات أخرى للوفاء بالدين كرهن مثلاً . وقد يربط الكفيل كفالته بأجل معين ، كما لو اشترط أنه لا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين ، أو يلتزم بالوفاء فى أجل محدد ، هنا لا تجوز مطالبته بالدين المكفول قبل حلول هذا الأجل . وأخيراً فإنه قد يشترط أن وفاء بالدين لن يتم إلا بصورة مجزأة (على هيئة أقساط مثلا) .

ويلاحظ أن الأوصاف السابقة التى تلحق بالتزام الكفيل تقتصر عليه فقط ، ولا شأن بالدين الأصلى الذى قد يكون خاليًا منها ، ولا يستفيد منها المدين الأصلى . الذى قد يكون ملتزمًا بالوفاء بالدين جملة وليس فى صورة أقساط . فالكفيل يستفيد من أوصاف التزام المدين بسبب تبعية التزامه له ، والعكس غير صحيح .

وأخيراً فإنه يجدر التنويه فى هذا الصدد إلى ضرورة التحفظ فى تحديد نطاق التزام الكفيل من خلال بنود عقد الكفالة بسبب طبيعته كعمل تبرعى، مما يستوجب التفسير الضيق لمصلحة الكفيل ، وحمل الشك فى عبارات الاتفاق لصالحه بوصفه المدين فى الالتزام(١) .

لذا يتجه الفقه والقضاء إلى التضييق فى تحديد مدلول الاتفاق إذا تعلق الأمر بزيادة التزامات الكفيل ، وإلى التوسع فى تحديد مضمون ارادته إذا كان

=بامتداد العقد دون أن يعنى ببحث دفاع الطاعن الثالث من أنه لم يرفض امتداد كفالته وهو بحث قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب . (الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٧ س ٢٦ ص ٦١٠) .

(١) وتطبيقًا لذلك قضى بأنه : إذا قضت المحكمة بأن عقد الكفالة لشخص يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت عن ايجار هذه الأطيان التى لم يتم استئجارها ، وأنها لا تنسحب على ايجار أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمها ما بين عملية الايجار التى تمت والعملية التى لم تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة . (الطعن رقم ٢٩ لسنة جلسة ١٩٣٩/١١/٢٣) .

من شأنها التيسير عليه سواء فيما يتعلق بوجود الالتزام أو أوصافه ونطاقه أو انقضائه .

المطلب الثانى
نطاق التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الأصلى

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالتزام أصلى ، والتزام الكفيل يعتبر تابعًا لالتزام المدين ، ومن ثم فإن نطاق التزام الكفيل يرتبط بنطاق الالتزام المكفول الذى ينبغى أن يكون محدداً فى موضوعه ومقداره . فالكفيل ينبغى أن يلم بطبيعة الالتزام المراد كفالته سواء تمثل فى عمل معين (كالتزام المقاول) . أو تمثل فى مبلغ من النقود معروف المقدار .

وليس من الضرورى أن يكون الالتزام المكفول محدداً تحديداً دقيقًا عند ابرام الكفالة ، بل يكفى أن يتضمن الاتفاق الأسس اللازمة لهذا التحديد ، فمحمل الالتزام لا يشترط فيه أن يكون معيناً ، بل يكفى أن يكون قابلاً للتعيين ، مثال ذلك كفالة القروض التى يقترضها المدين فى مدة زمنية معينة وبحد أقصى معين ، أو ضمان سداد ما يشتريه التاجر من المصنع من بضائع معينة .

ويتحدد التزام الكفيل ليس فقط بموضوع ومقدار الالتزام المكفول ، بل بأوصافه كذلك . فالأول يتبع الثانى ويأخذ حكمه إذا كان صحيحاً أو باطلاً، منجزاً أو معلقًا على شرط أو مقترنًا بأجل ، واجب الوفاء جملة أو أقساطًا ، بفوائد أو بدون فوائد .

أورد المشرع عدة أسس لبيان طريقة تحديد التزام الكفيل على ضوء الالتزام المكفول بقوله « لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول . ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل بشروط أهون (١) .

---

(١) م ٧٨٠ مدنى ، محمود جمال الدين ذكى ص ٧٥ .

وهذه الأسس جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين ، ويمكن اجمال تلك الأسس فيما يلى :

(أ) لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول :

فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، فالتزام الكفيل يتحدد بقدر التزام المدين ونوعه وأوصافه ، ولا يمكن أن يتجاوزه . فإذا أبرمت الكفالة بمبلغ أكبر أو بشروط أشد ؛ فإنها لا تكون صحيحة إلا فى حدود الالتزام الأصلى .

فلا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، فإذا كان المطلوب من المدين ألفاً ، لم تجز كفالته فى ألف ومائة ، ولا يلتزم الكفيل بدفع فوائد إذا كان الدين غير منتج لها ، أو فوائد مركبة ، إذا كان الدين لا ينتج سوى فوائد بسيطة ولو كان ذلك فى مقابل اعطاء أجل أطول للكفيل .

ولا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلى فى وصفه ، فلا يمكن أن يكون التزام الكفيل باتاً بينما التزام المدين معلقاً على شرط ، ولا أن يكون منجزاً إذا كان التزام المدين مضافاً إلى أجل ، أو أن يكون مضافاً إلى أجل أقرب من أجل الالتزام المكفول . ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدنياً بينما يكون التزام المدين طبيعياً .

ولا يجوز أن يتجاوز التزام الكفيل التزام المدين فى طريقة الوفاء به ، فلا يمكن أن يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين فى مكان أبعد من المكان المتفق عليه مع المدين ، ولا أن يكون التزام الكفيل بالوفاء بالدين جملة إذا كان المدين يلتزم بالوفاء به مقسطاً .

وإذا تجاوز التزام الكفيل الدين المكفول ، أو كان بشروط أشد ، فإن الكفالة لا تكون باطلة ، ولكن يتم انقاصها إلى حدود الالتزام الأصلى ، أى أنه يتم رد التزام الكفيل إلى التزام المدين وذلك اعمالاً لمبدأ التبعية المقرر بين الالتزامين . ويترتب على ذلك إنقاص التزام الكفيل الزائد إلى نفس قدر مبلغ

المـدين ، وإعطـائه نفس أوصـاف التـزام المدين من حيـث الفـوائد أو طريقـة الوفاء

(ب) يجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من الالتزام المكفول :

يجوز أن تنعقـد الكفـالة بشروط أهون وبمبلغ أقل من الالتزام المكفـول ، وهذا ما يسمى بالكفالة المحددة ، فقد تقتصر الكفالة على جزء من الدين أو على أصل الدين دون فوائده أو ملحقاته .

ويجـوز أن تكون الكفـالة أهون من حيـث الأوصـاف وطريقـة الوفـاء ، كالتزام الكفيل بالوفاء بالدين فى أجل أبعد من موعد حلوله ، أو أن يكون معلقًا على شروط خاصة كوجود تأمين عينى لضمان الدين المكفول أو وجود كفيل آخر معين ، ويجوز أن تتحدد الكفالة بمدة معينة لا تتجاوزها أو تأقيتها بحياة الكفيل دون أن تتعلق بتركته . ويجوز أن يشترط وفاء الكفيل بالدين فى موطنه وليس فى موطن المدين أو أن يكون الوفاء مقسط لا جملة كما يلتزم المدين .

(جـ) يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ فى الالتزام الأصلى :

يستفيد الكفيل تلقائيًا من كل تغيير طارئ فى التزم المدين يكون فيه مصلحة له . فإذا تم تخفيف الالتزام المكفول من خلال تنازل الدائن عن جزء منه أو باطالة أجل الوفاء به أو تم تقسيط الوفاء به ، فإن الكفيل يستفيد من ذلك ويخف التزامه بالتبعية ، وكذلك الحال إذا تم اعفاء المدين من الفوائد أو انقـاص سعرها ، فيـستطيع الكفـيل أن يتـمسك بكل ذلك فى مـواجهـة الدائن[1] .

---

(١) ما لم يوجد نص مخالف . مثال ذلك ما حكم به فى ظل القانون المدنى القديم : إن المادة ١٤ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية بعد أن ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلاً للتخفيض ،عقبت على ذلك بقولها «على أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » . ومع صراحة هذا النص لا يصح التحدى فى هذا المقام بما نصت عليه المادة ٥٠٩ من القانون المدنى من أنه « يبرأ =

وعلى العكس من ذلك إذا كان التغيير فى التزام المدين إلى الأسوأ ، فإن ذلك لا يؤثر فى مركز الكفيل حيث يبقى التزامه على ما هو عليه ، طبقًا لما هو وارد فى عقد الكفالة . فإذا اتفق الدائن والمدين على زيادة سعر الفائدة ، فإن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الكفيل ويظل ملتزمًا بسعر الفائدة المحدد وقت الكفالة .

يستطيع الدائن مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة ، ولكن لا يمكن للدائن أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولا شك أن الأمر يختلف في حالة تعدد الكفلاء . ونعرض لتلك النقاط فى الفصل التالى .

=الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه » . بل الواقع أن الشارع إذا أورد ذلك الحكم فى المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة التى كانت تحت نظره وفى حسابه .

ولا يصح الاعتراض بأن عقد الكفالة إنما هو عقد تابع للالتزام الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه ، ومع ابراء ذمة المدين من بعض الدين لا يكون للالتزام الأصلى بالنسبة إلى باقى وجود ، وإذن لا يكون لعقد الكفالة وجود – لا يصح لأن الرجوع على الكفيل هنا مستمد من القانون فهو قائم على أساس مستقل لا يتأثر بما يتأثر به الالتزام الأصلى . (الطعن رقم ١٤ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/١١/٢٢) .

أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره ، فهو وحده ، دون الكفلاء ، الذى يستفيد من المادة ١٠ من ذلك القانون فيما يختص بالفوائد .

الفصل الثالث
آثار الكفالة

تتم الكفالة باتفاق بين الكفيل والدائن ، ويكون للدائن بعد ابرام الكفالة مطالبة الكفيل بالدين إذا لم يف به المدين ، وإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين ، فإنه يرجع على المدين بوصفه الملتزم الأصلي بهذا الدين .

وعلى هذا يترتب على الكفالة نشوء علاقة بين طرفيها الدائن والكفيل ، ثم تنشأ علاقة أخرى بين الكفيل والمدين . ونعرض لهاتين العلاقتين في المبحثين التاليين .

المبحث الأول
العلاقة بين الكفيل والدائن

إن علاقة الكفيل بالدائن لها وجهان ، الوجه الأول يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل بالدين في حالة عدم وفاء المدين به ، والوجه الثاني يتمثل في الحقوق التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن ويعبر عنها بالدفوع التي يدفع بها الكفيل مطالبة الدائن له . وتناول كل وجه منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول
مطالبة الدائن للكفيل

الفرع الأول
مطالبة الكفيل عند حلول أجل الكفالة

يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل لمطالبته بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء به . إلا أن الزام الكفيل بالوفاء يقتضي الحصول على سند واجب التنفيذ عليه . فإذا أراد الدائن الحصول على حقه من الكفيل واقتضاء هذا

الحق جبراً ، كان عليه أن يطالبه مطالبة قضائية حتى يحصل على سند تنفيذى فى مواجهته ، يستطيع بمقتضاه التنفيذ الجبرى على أمواله . ولا يكفى لهذا الاقتضاء الجبرى حصول الدائن على سند تنفيذى فى مواجهة المدين لأنه رغم تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين . إلا أن كلاً من المدين والكفيل شخص مختلف ، ويستقل التزام كل منهما عن الآخر فى خصوص التنفيذ .

والقاعدة أن مطالبة الدائن للكفيل لا تجوز إلا عند حلول أجل الكفالة ، وغالبًا ما يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل الالتزام المكفول ، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بالاتفاق أو بناء على واقعة أخرى تؤدى إلى سقوط أجل التزام المدين .

(أ) اختلاف أجل الكفالة عن أجل الالتزام المكفول:

إذا كان أجل التزام الكفيل مختلف عن أجل التزام المكفول ، فإن الأجل الممنوع للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين وقد يحل قبله .

فإذا حل التزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه ، لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئًا من الالتزام الأصلى ، وللكفيل أن يستفيد من الأجل الممنوح له .

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الأصيل ، فإن أجل التزام الكفيل يمتد حتى يصبح مساويًا لنفس أجل التزام الأصيل ، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الدين الأصلى ، وذلك لأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئًا من التزام الأصيل ، ويتحقق هذا الفرض غالبًا فى حالة ما إذا تم تحديد أجل واحد لكل من الالتزامين ، ولكن الالتزام قد مد أجله بالاتفاق (١) أو بحكم القاضى .

---

(١) ولكن مد أجل الدين الأصلى لا يؤثر على قيام التزام الكفيل . وتطبيقًا لذلك قضى : بأن امهال المؤجر المستأجر فى الوفاء بأجرة الأرض لا تأثير له فى التزام الكفيل ، وعدم توقيع =

(ب) الاتفاق على تعديل أجل التزام الأصيل:

القاعدة العامة أن كل اتفاق بين الدائن والمدين عل تعديل أجل الالتزام الأصلى يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه ، فإذا تم مد أجل الالتزام الأصلى ، فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق أو القاضى ، ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد .

وإذا اتفق على تعجيل أجل التزام المدين ، فإن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته إلا عند حلول أجل الكفالة أى موعد التزامه هو ، أو عند حلول الأجل القديم لالتزام المدين ، إذا كان التزام الكفيل ليس له أجل معين . والسبب فى ذلك هو الرغبة فى حماية الكفيل ، ولا ينبغى أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين . هذا وينبغى ملاحظة أن الكفيل قد تكون له مصلحة فى الوفاء بالدين فوراً دون انتظار الأجل الخاص به ، وذلك حتى يسارع فى الرجوع على المدين الذى قد يخشى اعساره .

(جـ) سقوط أجل التزام المدين:

قد يسقط الأجل الممنوح للمدين لسداد الدين ، أى يحل موعد سداد الالتزام الأصلى قبل أوانه لعدة أسباب يحددها القانون وهى : الافلاس أو الاعسار ، أو اضعاف تأمينات الدين ، وعدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات [1] . فما هو تأثير ذلك على الكفالة ؟ هل يؤدى إلى سقوط أجل التزام الكفيل ، ويلتزم بسداد الدين حالاً ، أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلى المتفق عليه ؟

=الحجز التحفظى على الزراعة لا يعتبر تقصيراً مخلياً لذمة الكفيل مما ينطبق عليه حكم المادة ٥١٠ من القانون المدنى ما دام هذا الحجز يتعارض مع الامهال الذى هو حق مطلق للمؤجر وما دام للكفيل بمقتضى المادة ٥٠٣ – على الرغم من ذلك الامهال– مطالبة المستأجر وتوقيع الحجز التحفظى على ما يضمن الأجرة المستحقة . (الطعن رقم ٦٩ لسنة ٣ق جلسة ١٩٢٣/٢/٢) .

(١) م ٢٤٦ مدنى .

يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين لأن التزام الكفيل يتبع الالتزام الأصيل ، والغرض من الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر اعسار المدين وقد تحقق ذلك بالفعل فى الحالات السابقة مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للمدين للوفاء بالدين .

ولكن الرأى الغالب يرى أن سقوط أجل التزام المدين لا يؤدى إلى سقوط أجل التزام الكفيل ، بل يبقى هذا الالتزام قائمًا إلى حين حلول أجله ، ويظل الكفيل متمتعًا بالأجل الممنوح له ، ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ، ولو سقط أجل الدين الذى يكفله ، وذلك للأسباب الآتية :

١- إن تبعية الكفالة للالتزام الأصلى لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.

٢- إن سحب الثقة من المدين بسبب اعساره أو افلاسه أو أخطائه أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل ، ولا يستطيع المدين أن يسوىء مركز الكفيل بفعله بعد انعقاد الكفالة .

٣- ويتفق ذلك مع صحيح القانون ، حيث أن للمسألة نظيرًا فى القانون التجارى ، فافلاس المدين التاجر لا يترتب عليه حلول الأجل إلا بالنسبة للمدين المفلس وحده [1] .

٤- إن قواعد تفسير عقد الكفالة تقضى بذلك حيث ينبغى مراعاة التفسير الأصلح للكفيل بوصفه متبرعًا من جهة ، ومدينًا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى .

---

(٢) م ٦١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ /١٩٩٩ .

الفرع الثانى
مطالبة المدين مع الكفيل

هل يستطيع الدائن ، عند حلول أجل الدين ، مطالبة الكفيل مباشرة ؟ أم هل يلتزم بالبدء بمطالبة المدين أولاً ؟ أم هل يستطيع الرجوع على الاثنين معاً ؟

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين [1] . مؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولاً ، ولا يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل معاً فى وقت واحد . ويقصد بالرجوع ، ليس مجرد المطالبة الودية أو اعذار المدين للوفاء بالتزامه ، بل لابد من المطالبة القضائية ، أى رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائى بالزامه بالوفاء ، ثم استنفاذ الدائن للوسائل القضائية فى استيفاء حقه من المدين .

ويرد على هذه القاعدة استثناءان :

الأول : إذا أشهر افلاس المدين ، وجب على الدائن التقدم فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن[2] .

الثانى : إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ على المدين ، فإن مجرد التنبيه بالوفاء يعتبر فى ذاته رجوعاً كافياً على المدين ، ويفتح طريق الرجوع على الكفيل .

وانطلاقاً من مبدأ ضرورة رجوع الدائن على المدين ، فإنه إذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده، قبل الرجوع على المدين ، كانت دعواه غير

---

(١) م ٧٨٨ مدنى .

(٢) م ٧٨٦ مدنى .

مقبولة ، لأننا بصدد قيد قانونى يجب على الدائن مراعاته وألا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبول ، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام ، لذا لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يتمسك به الكفيل أمام المحكمة ، إلا أنه يشترط لابداء هذا الدفع عدة شروط :

١- يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه فى هذا الدفع صراحة أو ضمناً ، فهذا الحق مقرر لمصلحته ، ومن ثم يجوز له أن يتنازل عنه وقت انعقاد الكفالة أو بعد ذلك (١).

٢- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين ، لأن الدائن يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداء ، دون أن يستطيع هذا الأخير الدفع بوجوب الرجوع على المدين ، أولاً ، لأن هذا الدفع قاصر على الكفيل البسيط دون الكفيل المتضامن(٢) .

٣- يجب أن يكون فى رجوع الدائن على المدين فائدة ، فإذا كان المدين ظاهر الاعسار ، ليس لديه أموال تكفى للوفاء بالدين أو ببعضه ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب البدء بالرجوع على المدين ، ولا مصلحة له فى ذلك . ويستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع إذا كان لدى المدين بعض الأموال التى تكفى لسداد بعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ، ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل . وعلى هذا لا يشترط لقبول الدفع أن يكون

---

(١) إذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل الترخيص له فى ادخال المدين ضامناً بعد أن قضت باثبات تنازل الدائن عن مخاصمته (أى المدين) ولم يكن فى حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ولم يقدم الكفيل إلى محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف فلا يجوز له الادلاء به أمام محكمة النقض مدعياً وقوع اخلال بحقوقه فى الدفاع . (الطعن رقم ١٤ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٥/١١/٢٤).

(٢) الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام فى حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون التزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلى أو حتى مجرد اختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين . نقض ١٩٨٩/٥/٢٩ س ٤٠ ص ٤٥٧ .

لدى المدين أموال تفى بالدين كله ، لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أى ضرر إذ أنه يستوفى بقية الدين من الكفيل . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك مصلحة للكفيل فى التمسك بهذا الدفع من عدمه ، ويقرر بالتالى قبول أو عدم قبول الدعوى فى مواجهة الكفيل بحسب ما إذا كانت هناك فائدة ولو بسيطة فى الرجوع على المدين أولاً (١) .

ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء بالدين ، هذا بخلاف الحال بالنسبة للدفع بالتجريد حيث يقع على الكفيل عبء اثبات وجود أموال لدى المدين يمكن التنفيذ عليها .

الفرع الثالث
الرجوع على الكفيل بقدر نصيبه
(تعدد الكفلاء - الدفع بالتقسيم)

إذا كان هناك أكثر من كفيل لنفس الدين ، فهل يجوز للدائن أن يرجع على كل منهم بكل الدين ، أم يرجع الدائن على كل كفيل بقدر نصيبه ؟ وهل يجوز للكفيل الذى يرجع عليه الدائن أن يحتج بتقسيم الدين بينه وبين سائر الكفلاء الآخرين ؟

يجيب المشرع على ذلك بقوله : إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن

---

(١) إذا حصلت محكمة الاستئناف من أوراق الدعوى أن للمدين أموالاً كان الدائن يمكنه التنفيذ عليها والاستفاد بدينه منها ، ولم يكن هناك من موجب لرجوعه على أموال الكفيل الذى لم يكن متضامناً فى السداد ، فإن تحصيل هذا الفهم لا يدخل فى رقابة محكمة النقض متى كان مستقى من مصادر صالحة لأن تؤدى إليه . (الطعن رقم ٧٨لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١) .

أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم (١) .

يفرق النص بين فرضين : الأول يواجه حالة تعدد الكفلاء بمناسبة تعدد عقود الكفالة . الثانى يواجه حالة تعدد الكفلاء من خلال عقد واحد. نعرض للفرضين ثم نبين آثار الدفع بالتقسيم .

الغصن الأول

تعدد الكفلاء بعقود متوالية

يتم ابرام عدة عقود كفالة بين نفس الدائن وأكثر من كفيل لكفالة نفس الدين على ذات المدين فالمدين يقدم عدة كفلاء لضمان الوفاء بالتزامه فى مواجهة الدائن ، إلا أن هؤلاء الكفلاء لا يكفلون الدين بعقد واحد مع الدائن ، بل يبرم الدائن مع كل منهم عقد كفالة مستقل عن الآخرين ، ويعتبر كل عقد قائم بذاته من حيث موضوعه وأطرافه .

ولا يعتمد الكفلاء ، فى هذه الحالة ، بعضهم على بعض لأن كل منهم يكفل كل الدين بعقد على حدة ، ومن ثم فقد لا يعرف بعضهم بعضا ، لذا فإن كل منهم يكون مسؤولاً عن كل الدين ، لأن كل كفيل منهم مستقل بضمانه ، ويجوز للدائن أن يحصل على حقه بالكامل من أى واحد منهم ، ولا يجوز أن يدفع الكفيل رجوع الدائن عليه بكل الدين ، بطلب تقسيم هذا الدين عليه وعلى سائر الكفلاء الآخرين ، أى ليس للكفيل أن يدفع بتقسيم الدين المكفول على الكفلاء كل بنسبة نصيبه (٢).

يلتزم كل كفيل بالوفاء بالدين المكفول بكامله ، وتكون مسؤولية هؤلاء الكفلاء عن الدين ليست تضامنية ، بل تكون بالتضامم بينهم . وإذا قام أحدهم بالوفاء بكل الدين ، فليس له أن يرجع على الكفلاء الآخرين

---

(١) م ٧٩٢ مدنى .

(٢) السنهورى ص ٩٧.

بالتقسيم ، ولكنه يستطيع الرجوع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى الدين ، هذا بالاضافة إلى حقه الثابت فى الرجوع بما دفعه على المدين .

وإذا استوفى الدائن كل الدين من أحد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ، وإذا لم يستوفى إلا جزءاً من الدين ، فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن كل منهم مسؤول عن الدين بكامله .

ولكن يجوز للكفيل أن يحتفظ لنفسه بحق التقسيم ، ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالبه إلا جزءاً من الدين المعادل لنصيبه. وقد يكون حق التقسيم فى علاقة الكفيل بالمدين ، أو فى علاقته بباقى الكفلاء أو بعضهم فقط ، فقد يشترط الكفيل تقسيم الدين على من سبقه من الكفلاء أو على من يستجد منهم. ويمكن أن يحتفظ كل كفيل لنفسه بحق التقسيم، هنا لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين يعادل نصيبه والأصل أن الأنصبة متساوية ، إلا إذا عين لكل منهم نصيبه . والأصل أن من يكفل الدين بعقد مستقل يكون مسؤولاً عنه مسؤولية كاملة ، إلا أننا بصدد قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس ، أى اثبات حق الكفيل فى طلب التقسيم .

الغصن الثانى

تعدد الكفلاء بعقد واحد

يكون هناك أكثر من كفيل لنفس الدين ، ويلتزم الجميع بكفالة الدين بعقد واحد ، دون اشتراط التضامن فيما بينهم ، فى هذه الحلة يقسم الدين بين الكفلاء لأن وحدة العقد تدل على أن كل منهم قد اعتمد على الكفلاء الآخرين . ولا يستطيع الدائن أن يطالب أى واحد منهم إلا بنصيبه ، حيث يستطيع كل كفيل ، فى حالة الرجوع عليه بكل الدين ، أن يدفع هذا الرجوع بتقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الآخرين ، ويجوز ابداء هذا الدفع فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى .

وتقسيم الدين يتم بقوة القانون ، لذا فإن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولو لم يطلبه الكفيل .

وينقسم الدين بين الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين ، وعلى هذا فإن ذمة الكفيل لا تنشغل إلا بقدر نصيبه من الدين . وينتج عن ذلك أنه لو أعسر أحد الكفلاء ، فإن الدائن يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار ، ولا يستطيع أن يرجع على الكفلاء الآخرين بحصة الكفيل المعسر .

والأصل أن تقسيم الدين يكون بالتساوى بين الكفلاء ، إلا إذا وجد اتفاق مخالف ، كما لو تم تحديد نصيب كل كفيل على حدة ، أو اشترط بعضهم تحديد مسؤوليته بنصيب معين لا يجوز تجاوزه ، هنا يجب مراعاة ذلك عند الرجوع عليهم .

ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط هى :

١- أن يتعدد الكفلاء ، بمعنى أن يكفل أكثر من شخص نفس الدين فى نفس العقد ، أما إذا كنا بصدد كفيل واحد فإنه يتحمل وحده كل الدين إذا لم يف به المدين ، وهو لا يستطيع أن يطالب بالتقسيم بينه وبين المدين ، ولا بينه وبين من يكفله (كفيل الكفيل) . إلا أن الكفيل الواحد يستطيع أن يقصر كفالته على جزء من الدين فقط كما رأينا (١) .

ويثور التساؤل عما إذا كان التقسيم قاصر على الكفلاء الشخصيين أم يمتد ليشمل الكفيل العينى كذلك ؟

يرى البعض أنه إذا اجتمع كفيل شخصى وكفيل عينى انقسم الدين بينهما باعتبار أن الكفيل الشخصى يلتزم بكل الدين ، والكفيل العينى يلتزم فى حدود قيمة العين التى تكفل الدين ، فإن كانت هذه القيمة معادلة للدين أو مجاوزة لمقداره ، اعتبر الكفيل العينى ملتزماً بكل الدين وانقسم الدين بينه

---

(١) ما سبق ص ١٢٧، ١٣٢ .

وبين الكفيل الشخصى مناصفة . أما إذا كانت قيمة العين أقل من الدين ، انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزاميهما .

ويجد بعض أنصار هذا الرأى سندهم فى عموم النصوص التى لم تفرق بين الكفيل العينى والكفيل الشخصى ، كما أنه يبدو عادلاً إذا تمت الكفالة من كل من الكفيلين العينى والشخصى باتفاق واحد .

ويذهب الرأى الراجح إلى أنه « إذا وجد كفيل عينى إلى جانب الكفيل الشخصى ، لم ينقسم الدين عليهما ، فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين ، بل أنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية فى وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصى إلا بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ضماناً للدين ، فالدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، بل يبدأ بالكفالة الأخيرة ، فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقى من الكفيل الشخصى » .

ويعلل الفقه ذلك على أساس أن الكفالة العينية وهى عقد رهن تفيد أن الكفيل العينى قد حدد مسؤوليته عن الدين بقيمة المال الذى رهنه ، هذا بالاضافة إلى قاعدة عدم تجزئة الرهن التى تنطبق ما لم يتفق على استبعادها، ومن ثم لا يستفيد الكفيل العينى من التقسيم إلا إذا كان قد اشترطه .

٢- وحدة الدين ، حيث يجب أن يتعدد الكفلاء لنفس الدين ، أما إذا كان كل كفيل يكفل ديناً مختلفاً ، فإن كل منهم يظل مسؤولاً عن كل الدين الذى يكفله ، ولا يمكن الحديث عن التقسيم فيما بينهم لاستقلال كل منهم عن الآخر . ويترتب على ذلك أن الدين لا ينقسم بين الكفيل وكفيله لأن كل منهما يكفل ديناً مختلفاً ، فالكفيل يضمن دين المدين الأصلى أما كفيل الكفيل (وهو ما يسمى بالمصدق) فيضمن التزام الكفيل .

٣- أن تكون الكفالة بعقد واحد ، بمعنى أن يكون جميع الكفلاء طرفاً

فى عقد الكفالة ، أما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل عن الآخرين ، فإن كل منهم يعتبر مسؤولاً عن كل الدين ولا يستطيع أن يطالب بالتقسيم ، لأن تعدد عقود الكفالة يعنى عدم اعتماد كل كفيل على مشاركة الآخرين فى الضمان بخلاف الحال إذا كانوا يكفلون نفس الدين بعقد واحد

وعلى ذلك فإن تقسيم الدين بقوة القانون لا يتم إلا بين الكفلاء لنفس الدين بعقد واحد . إلا أنه يمكن الاتفاق على التقسيم بين الكفلاء بعقود متوالية ، فى هذه الحالة ينقسم الدين فيما بينهم اعمالاً للشرط الذى يضعه الكفيل وليس بحكم القانون .

٤- **ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم** ، فإذا تقدم الكفلاء لضمان الدين ، وتم الاتفاق على التضامن بينهم ، فإن الدائن يستطيع أن يطالب أياً منهم بالدين دون أن يكون له طلب التقسيم ، فالتضامن يمنع وقوع التقسيم، لأن التقسيم لا يكون إلا بين الكفلاء غير المتضامنين[1] .

وإذا تعدد الكفلاء وكفلت طائفة منهم على وجه التضامن وكفلت الأخرى دون تضامن ، فإن التقسيم لا يقع إلا بين الكفلاء غير المتضامنين ، ويترتب على ذلك أنه « إذا رجع الدائن على أحد الكفلاء المتضامنين فإن هذا الكفيل يلتزم بكل الدين ، فى حين أنه لو رجع الدائن على أحد الكفلاء غير المتضامنين ، فإن الدين ينقسم على جميع الكفلاء بما فيهم المتضامنون » .

وإذا تضامن أحد الكفلاء مع المدين ، فهل يستفيد من تقسيم الدين مع بقية الكفلاء الآخرين ؟

يذهب البعض أن الكفيل المتضامن يلتزم بدفع كل الدين فى حالة مطالبة الدائن له ، إلا أنه لا يحرم من تقسيم الدين بينه وبين باقى الكفلاء الآخرين لأنه غير متضامن معهم ، ويستندون فى ذلك إلى أن هذا ما كان عليه الحكم فى ظل القانون القديم ولم يرد ما يفيد العدول عنه ، كما أن

---

(١) حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد .
نقض ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص ٦٢٥ .

الأعمال التحضيرية تؤيده ، أضف إلى ذلك أن عدم التقسيم استثناء على القواعد العامة ، فيجب أن ينحصر فى الحالة التى ينص عليها بوضوح .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن تضامن الكفيل مع المدين يجعله مسؤولاً عن كل الدين كالمدين الأصلى تمامًا ، ولا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ، على أساس أن تضامنه مع المدين يفيد استعداده للوفاء بكل الدين ونزوله عن انقسام الدين ، هذا فضلاً عن أن نص المادة جاء صريحًا حيث ذكر التخصيص بالنسبة لتعدد الكفلاء «... وكانوا غير متضامنين فيما بينهم» .

٥- أن يكون المدين واحدًا ، أى يجب أن يكون الكفلاء المتعددين قد كفلوا مدينًا واحدًا ، أما إذا كان كل كفيل يكفل مدينًا غير الذى كفله الآخر ، فإن الدين لا ينقسم بينهم ولو كان هو نفس الدين . فإذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلاً للدائن ، فإن الدين لا ينقسم بين الكفلاء ، إذ لا علاقة بينهم ، ويضمن كل منهم الدين فى مجموعه ، أما إذا كان المدينون غير متضامنين ، فإن الدين ينقسم عليهم وينقسم بالتالى على الكفلاء بالتبعية للمدينين .

وإذا كفل كل كفيل المدينين المتضامنين معًا ، فإن كفالتهم ترد على نفس الدين ونفس المدينين ، لذا فإن الدين يقسم عليهم .

٦- يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق فى التقسيم ، فهذا الحق مقرر لمصلحة الكفيل ويكون له أن يتنازل عنه لأنه لا يتعلق بالنظام العام ، بالرغم من أنه يقع بحكم القانون ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

الغصن الثالث

آثار الدفع بالتقسيم

يرتب تقسيم الدين بين الكفلاء ، سواء تم ذلك بناء على اتفاق ، أو اعمالاً لحكم القانون ، عدة آثار اتضحت لنا من خلال استعراض شروطه ، إلا أنه يجدر بنا فى نهاية المطاف بلورة تلك الآثار بصورة نهائية :

١- لا يجوز للدائن أن يطالب أى من الكفلاء بكل الدين ، حيث يلتزم كل كفيل بدفع حصته فقط ، والأصل أن الدين يقسم بالتساوى بين الكفلاء ، إلا إذا وجد اتفاق يحدد نصيب كل كفيل فى الدين .

٢- يحق للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم فى أى حالة تكون عليها الدعوى .

٣- يتم التقسيم بقوة القانون فى حالة توافر الشروط السابقة ، لذا يجوز للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ، ولو لم يتمسك به الكفيل ، هذا وبشرط ألا يكون قد تنازل عنه .

٤- ويترتب على التقسيم كذلك أنه إذا اعسر أحد الكفلاء ، فإن الدائن هو الذى يتحمل حصة الكفيل المعسر .

المطلب الثانى

دفوع الكفيل

يستطيع الكفيل أن يتمسك بعدة دفوع فى مواجهة مطالبة الدائن له بالوفاء بالالتزام الذى لم يف به المدين ، هذه الدفوع إما أن تتعلق بالدين المكفول ، وإما أن تتعلق بالتزام الكفيل نفسه الوارد فى عقد الكفالة ، وإما أن تتعلق بضرورة التنفيذ على أموال المدين أولاً ، وإما أن تتعلق بأداءات ينبغى على الدائن القيام بها . وترمى هذه الدفوع فى جملتها إما إلى براءة ذمة الكفيل ، وإما إلى تحصينه عند التنفيذ على أمواله . ونعرض لهذه الدفوع فى عبر أربع مراحل :

الفرع الأول

الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلى

ترتبط الكفالة ، نظراً لصفة التبعية ، فى وجودها وانقضائها بالالتزام الأصلى الذى تضمن الوفاء به ، فالكفيل يتعهد للدائن بالوفاء بالدين إذا لم يف المدين به .

لذا يمكن القول بصفة عامة بأن للكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن ، بكل الدفوع التى يكون للمدين أن يحتج بها عليه ، فله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين . ويمكن تقسيم هذه الدفوع إلى مجموعتين: الأولى تتعلق ببطلان الالتزام الأصلى ، والثانية تتعلق بانقضائه .

الغصن الأول

الدفوع المتعلقة ببطلان الالتزام الأصلى

إن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تؤدى إلى أن تدور الكفالة مع الالتزام الأصلى وجوداً وعدمًا ، ويستطيع الكفيل ، بالتالى ، أن يتمسك بجميع الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلى (١) . سواء تعلقت بتقرير بطلانه أو ابطاله . ولا يتصور تمسك الكفيل ببطلان الدين المكفول ، إلا حيث يكون مصدره هذا الدين تصرفاً قانونياً ، فهو وحده الذى يمكن أن يرد عليه البطلان . وعلى هذا يستطيع الكفيل أن يتمسك بكل الدفوع التى تتعلق بصحة مصدره التزام المدين أى التمسك ببطلان التصرف مصدر هذا الالتزام (٢) . فإذا كان التزام المدين باطلاً أو قابلاً للابطال ، فإن التزام الكفيل يكون بالتبعية باطلاً أو قابلاً للابطال ، ويستطيع الكفيل أن يحتج بأوجه الدفع التى يتمسك بها المدين من بطلان أو قابلية للابطال .

---

(١) كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل – تابعًا للالتزام الأصلى ، فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتصلة بالدين . (الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ س٢٣ ص ١٤٨٧) .

(٢) ان التزام الكفيل ، متضامناً أو غير متضامن ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه ، إذ لا يسوغ النظر فى إعمال أحكام الكفالة فى التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى ، وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالاً لنص المادتين ١/٢٨٢ و٧٩٤ مدنى، فكل ما يؤثر فى الالتزام الأصلى يؤثر فى التزام الكفيل . نقض ١٩٩٢/٦/٧ طعن ٤٧٤٦ س ٦١ق .

(أ) بطلان الالتزام الأصلى :

يمكن للكفيل أن يدفع بعدم مشروعية التصرف القانونى مصدر التزام المدين سواء لتخلف الشكل أو لانعدام الرضاء به أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين بل ضد التزامه هو ، فهو يتمسك بها باسمه هو لا باسم المدين ، وهو لا يتمسك بالدفع بقصد براءة ذمة المدين ولكن بقصد براءة ذمته هو . ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أن الكفيل يستطيع التمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزامه هو ولو سكت المدين عن هذا الدفع ، هذا بالاضافة إلى أننا بصدد بطلان يجوز التمسك به من كل ذى مصلحة . الثانى : يمكن للكفيل أن يتدخل فى الدعوى المرفوعة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من التزامه هو استنادا إلى أى دفع من هذه الدفوع ، وله أن يتمسك بهذا الدفع من خلال رفع دعوى مبتدأة على الدائن .

(ب) قابلية الالتزام الأصلى للابطال :

ذهب البعض إلى القول بأن للكفيل أن يتمسك بابطال عقد الكفالة لأن التصرف الذى نشأ عنه الالتزام المكفول قابل للابطال لعيب فى رضاء المدين كغلط أو اكراه أو تدليس ، ويبقى للكفيل الحق فى طلب ابطال عقد الكفالة لعيب فى الرضاء ولو أن هذا المدين بعد كشف العيب أجاز التصرف فانقلب صحيحاً .

ولكن الرأى الراجح يرى أنه يفهم من الأعمال التحضيرية أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ، ؛ ويصدق ذلك على تنازل المدين عن التمسك بابطال العقد ، ذلك أن العقد القابل للابطال عقد صحيح ، والتنازل عن الابطال معناه تأكيد هذه الصحة عن طريق النزول عن مهاجمته فى المدة المحددة لذلك ، وإن كان هذا النزول من جانب المدين يضيف جديداً إلى صحة الالتزام ، فإذا وقع لما كان فى مقدور الكفيل أن يتمسك به اللهم إلا بمهاجمة النزول نفسه واثبات أنه تم اضراراً به عن طريق تواطؤ المدين مع الدائن ، ويستند هذا الاتجاه إلى أن

المتصرف (المدين) وحده هو صاحب الحق فى القول بأن ارادته معيبة أو غير معيبة ، ولذا لا يتصور أن يقوم شخص مقامه فى ذلك بالتمسك بالبطلان على أساس عيب ارادته ، بعد أن نفى هو نفسه وجود أى عيب فيها . فالتمسك بهذا البطلان لا يكون إلا من المدين نفسه على أساس أن تمسكه بالبطلان وقيامه باثبات توافر عناصر العيب المؤدى إليه ، وخصوصًا جوهرية عيب الارادة ، أى كونه السبب الرئيسى لابرام التصرف سواء أكان غلطًا أو اكراه ، هذا التمسك هو الذى يؤدى إلى ظهور سبب البطلان فى النطاق القانونى ، وهو لا يعرف فى هذا النطاق إلا إذا شارك صاحب الرضاء المعيب فى اظهاره ، بالافصاح عن هذا العنصر النفسى الخالص لعيب الارادة ، الذى هو الاندفاع إلى ابرام التصرف بتأثير العيب ، ولذا لا يتصور أن يكون للكفيل أن يتمسك ببطلان تصرف المدين لعيب الرضاء ، إذا لم يتمسك به المدين نفسه » .

وقد أورد المشرع المصرى استثناء خاصًا بكفالة ناقص الأهلية سبق وتعرضنا له من قبل[1] .

الغصن الثانى

الدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام الأصلى

يترتب على تبعية الكفالة أن الكفيل يستطيع التمسك بانقضاء التزامه بالضمان إذا انقضى التزام المدين المكفول بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزامات ، سواء أكانت الوفاء ، أو ما يقوم مقامه ، أو غير ذلك من الأسباب.

(١) الوفاء:

يؤدى الوفاء إلى انقضاء الالتزام الأصلى ، وينقضى بالتبعية التزام

(١) ماسبق ص ١٢١ .

الكفيل، فإذا استوفى الدائن حقه تبرأ ذمة المدين ، وذمة الكفيل بالتبعية له ، سواء أكان الكفيل بسيطاً أم متضامناً (١) .

فإذا كان الوفاء من المدين فإنه يجب أن يكون صحيحًا حتى يرتب أثره (٢) ، وإذا كان الوفاء من غير المدين فإنه يرتب نفس الأثر ، إلا إذا حل الموفى محل الدائن فيما له من حقوق قِبل المدين ، فهنا لا يؤدى الوفاء إلى انقضاء الكفالة لأنها تظل مع باقى التأمينات لمصلحة الموفى .

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقى على الدائن ، إذا تلاه ايداع وفقًا لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أى اجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدور حكم نهائى بصحته ، ويستطيع الكفيل أن يستند إلى براءة ذمة المدين فى مواجهة الدائن بناء على عرض الوفاء ، وإذا رجع المدين فى العرض وقبل الدائن الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك ببقاء تأمينات الدين ومنها الكفالة . وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل . أما إذا رجع المدين فى عرضه قبل قبول الدائن له وقبل صدور حكم نهائى بصحته ، فإنه يعتبر كأن لم يكن ويظل الدين قائماً وتظل الكفالة بالتبعية له .

وإذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لنفس الدائن ، ومن جنس واحد كالنقود ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعًا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، وإلا كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة وكان الدين المكفول منها اعتبر أنه قد وفّى بالدين المكفول باعتباره أشد كلفة على المدين ، هذا بالاضافة إلى أن الوفاء بهذا الدين من شأنه أن يؤدى إلى ابراء المدين والكفيل

---

(١) ورثة الضامن يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائى فمتى ثبت فى استئنافهم أن الدين المطالب به وفى من مال المدين امتنع الرجوع على ورثة الضامن. (الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٤/٥) .

(٢) يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الدين حتى يمكن خصمه منه . ولا على المحكمة أن هى لم تلزم بتقديم هذا الدليل . (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص ١٧٢٠) .

بالتبعية [1] .

وإذا قام المدين بوفاء جزء من دينه وكان الكفيل ضامناً لجزء من هذا الدين دون الآخر ، فهل ينصرف الوفاء إلى الجزء المكفول أم إلى الجزء غير المكفول ؟

يرى البعض أن « جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول ، ذلك أن الدائن ما كان يقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول ، فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المكفول من الدين ، مستبقياً الجزء المكفول فهو موثق بالكفالة » .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن الوفاء ينصرف إلى الجزء المكفول لأن هذا الجزء هو الأكثر كلفة على المدين ، وذلك تفسيراً للشك فى مصلحة المدين أى الكفيل وليس الدائن [2] .

(٢) الوفاء بمقابل:

يؤدى الوفاء بمقابل إلى براءة ذمة المدين من الدين الأصلى ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك ، فتنقضى الكفالة بطريق التبعية .

وينص المشرع صراحة على أنه إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ [3] .

والوفاء بمقابل ينتج أثره السابق إذا كان المدين هو الذى قدم الشئ فى مقابل الدين أو كان الذى قدم المقابل شخص من الغير ، أما الوفاء بمقابل الذى يقع من الكفيل فلا يبرئ ذمته إذا استحق هذا الشئ بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق .

ولا يتعلق الحكم الوارد بالنص السابق بالنظام العام ، لذا يجوز الاتفاق

---

(١) م٣٤٤ مدنى .

(٢) Fabre- Magnan, J.C.P. 1992, P. 366.

(٣) م ٧٨٣ مدنى .

على ما يخالفه ، فإذا اتفق الدائن ، عند قبوله الوفاء بمقابل ، مع المدين على أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل ، فى هذه الحالة يعتبر الوفاء بمقابل معلقًا على شرط فاسخ هو استحقاق الشئ ، فإذا تحقق الشرط ، زال الوفاء بمقابل بأثر رجعى ويظل الدين الأصلى قائمًا وكذلك الكفالة التى تضمنه . ويجوز أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ فى حالة استحقاق المقابل ، فإذا استحق الشئ تم فسخ الوفاء بمقابل وعاد الدين الأصلى وعادت الكفالة بالتبعية له .

وتؤكد الأعمال التحضيرية بأن الدين الأصلى يعود ومعه الكفالة التى تضمنه فى حالة ابطال الوفاء بمقابل لعيب فى الارادة أو نقص فى الأهلية ، أو إذا تم فسخه بسبب اخلال المدين بالتزامه بالتسليم أو غير ذلك من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الذى يتضمنه الوفاء بمقابل [1] .

وإذا استحق الشئ الذى قدمه المدين للدائن فى مقابل حقه ، تحت يد الدائن ، كان له حق الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق ، أى أنه إذا تبين أن المقابل مملوك للغير ، فإن حق الدائن يقتصر فقط على الرجوع بالضمان ، ولا يؤدى ذلك إلى عودة الدين المنقضى وعودة الكفالة ، لأن كل منهما يكون قد انقضى بصفة نهائية .

(٣) التجديد:

يترتب على التجديد انقضاء الدين الأصلى بتوابعه ، ومن ثم تنقضى الكفالة ، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد ، إلا بالاتفاق أو نص فى القانون.

ويتحقق تجديد الدين بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين فى محله أو مصدره . ويترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٢٧ .

(٢) م ٣٥٢ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٨ مدنى .

فالتجديد يؤدى إلى انقضاء الالتزام الأصلى وتنقضى معه الكفالة التى تضمنه بالتبعية ، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بالاتفاق أو بنص القانون ، ويشترط فى هذه الحالة موافقة الكفيل على هذا الانتقال ، حيث لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

ومن أمثلة حالات نص القانون على انتقال الكفالة مع الدين الجديد النص على أنه : لا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام فى حساب جار ، وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم اقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (١).

والتجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ، فالتجديد الذى من شأنه أن يؤدى إلى انقضاء الكفالة هو الذى تقوم النية وراءه بوضوح ، ويتحقق من خلال مغايرة الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة .

وإذا تقرر ابطال التجديد بسبب ابطال الالتزام الجديد ، فإن الالتزام القديم (المكفول) يعود وتعود معه الكفالة ، ولا محل للقياس على الوفاء بمقابل لأن حكمه يعد استثناء من القواعد العامة لا يجوز القياس عليه .

(٤) الانابة الكاملة:

تأخذ الانابة الكاملة حكم التجديد ، لأنها تجديد للالتزام بتغيير شخص المدين ، حيث يتفق فيها على انقضاء التزام المدين (المنيب) ويحل محله التزام شخص آخر (المناب) ، فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ، ولذلك تنطبق أحكام التجديد من حيث انقضاء الالتزام الأصلى وكذلك الكفالة التى تضمنه ، إلا إذا تم الاتفاق على أن الكفيل يظل ضامناً للالتزام الجديد (٢).

أما الانابة الناقصة فلا تؤدى إلى انقضاء الدين الأصلى بل يظل قائماً

---

(١) م ٣٥٦ مدنى .

(٢) م ٣٥٩ مدنى .

إلى جانب التزام المدين الجديد (المناب) ، لذا فإن الكفالة تبقى بالتبعية لوجود الدين الأصلى .

(٥) المقاصة:

إذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فإن ذلك يؤدى إلى انقضاء الكفالة بالتبعية . فالمقاصة تؤدى إلى انقضاء الدين إذا أصبح المدين دائناً لدائنه ، ينقضى كل من الدينين بقدر الأقل منهما [١] . ويترتب على اجراء المقاصة انقضاء الالتزام الأصلى كليًا أو جزئيًا ونفس الشئ بالنسبة لالتزام الكفيل الذى يضمنه . فإذا تخلص المدين من مديونيته بسبب المقاصة ، تخلص الكفيل من التزامه تبعاً لذلك .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة ، كما يتمسك بها المدين ، بل أن الكفيل يستطيع التمسك ببراءة ذمته على أساس المقاصة حتى ولو لم يتمسك المدين بها ، بل ولو نزل عن حقه فى التمسك بها . ويستوى فى ذلك الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . ذلك أن الكفيل صاحب مصلحة مؤكدة فى التمسك بالمقاصة ، هذا فضلاً عن حقه الثابت فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .

ويجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة فى دين على الدائن للمدين الأصلى ، ولكن لا تجوز المقاصة فى دين على الدائن للكفيل غير المتضامن لأن الدينين غير متقابلين .

ويجوز النزول عن المقاصة بعد توافر شروطها ، ويترتب على ذلك عودة الدينين إلى الوجود مرة أخرى بما كان لهما من تأمينات بشرط عدم الاضرار بحقوق الغير ، ومن ثم فإذا كان أحد الدينين مضموناً بكفالة ، انقضت بانقضائه بالمقاصة ، فإن الكفالة لا تعود إذا عاد الدين المكفول من جديد بسبب النزول عن المقاصة .

---

(١) م ٣٦٥ مدنى .

(٦) اتحاد الذمة:

إذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التى تضمن هذا الدين وتبرأ ذمة الكفيل . كما لو ورث المدين الدائن فى نفس الدين ، وأصبح بالتالى هو الدائن لنفسه وينقضى الدين باتحاد الذمة .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك باتحاد الذمة فى مواجهة الدائن ، لأن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص يبرئ ذمة الكفيل . وإذا حصل هذا الاجتماع فى شخص المدين الأصلى بسبب وفاة الدائن ، وكان المدين الأصلى وارثًا له مع آخرين ، برئت ذمة الكفيل بقدر حصة المدين ، ولا يؤدى اجتماع صفتى الدائن والكفيل فى شخص واحد إلى براءة ذمة المدين الأصلى، أما اجتماع صفتى المدين الأصلى والكفيل عندما يصبح أحدهما وارثًا للآخر ، فيؤدى إلى سقوط الكفالة مع بقاء المدين الأصلى ، ويبقى التزام المصدق (كفيل الكفيل) باقياً لمصلحة الدائن .

وإذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعى ، و اعتبر كأن لم يكن ، ويعود التزام المدين من جديد ومعه ملحقاته بما فى ذلك التزام الكفيل . كما لو اتضح أن اتحاد الذمة غير حقيقى بسبب ظهور وارث آخر يحجب المدين الذى كان قد ورث الدائن من قبيل الخطأ .

وينص المشرع على ذلك صراحة بقوله : إذا اجتمع فى شخص صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . وإذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعًا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن [١] .

(٧) الابراء:

يؤدى ابراء الدائن للمدين إلى انقضاء الدين المكفول ، وتنقضى الكفالة بالتبعية وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة المدين [٢] . وعلى العكس من ذلك فإن

---

(١) م ٣٧٠ مدنى .

(٢) م ٣٧١ مدنى .

براءة الكفيل لا تؤدى إلى براءة ذمة المدين ولا ذمة الكفلاء الآخرين . ولا يجوز للدائن الذى يبرئ المدين أن يحتفظ بحقه قبل الكفيل لأن رجوع الكفيل على المدين يصبح مستحيل بعد ابراء المدين .

وإذا قضى بابطال الابراء بسبب تعيب ارادة الدائن مثلاً ، فإن الابراء يعتبر كأن لم يكن ، ولا يكون له أى أثر على الالتزام الأصلى الذى يظل كما كان فى ذمة المدين ، ويبقى بالتالى التزام الكفيل بالضمان قائماً .

ويؤدى الابراء إلى براءة ذمة المدين بمجرد علمه به ، وإذا رد المدين الابراء فإن الدين يعود من جديد إلى ذمته ، إلا أن الكفيل يستطيع الطعن فى هذا الرد بالدعوى البوليصية لأن من شأنه زيادة التزامات المدين ، ويترتب على ذلك عدم سريان الرد فى حق الكفيل ، وتبرأ ذمته من الكفالة بصفة نهائية .

ويمكن أن يتحقق الابراء من خلال الصلح ، فإذا تصالح الدائن مع المدين ، وترتب على الصلح تنازل الدائن عن جزء من الدين ، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح ، وتكون مسؤوليته فى ذلك مثل مسؤولية المدين وتنحصر فى ضمان الوفاء بالجزء الباقى من الدين .

ويستثنى من ذلك الابراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس ، فإذا أبرأ الدائنون مدينهم المفلس من جزء من الديون من خلال الصلح معه ، فإن ذلك لا يبرئ ذمة الكفلاء ، لأن الدائنين هنا لا يقصدون التبرع للمدين بل التيسير عليه بهدف الحصول على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، أضف إلى ذلك أن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند افلاس المدين[1] . وينص القانون التجارى

---

(١) وقضى بأن عدم ادخال الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروط الصلح الواقى فى دعوى فسخ الصلح . أثره . براءة ذمته من الدين الذى كفله . علة ذلك .

النص فى المادة ٤٠ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٤٥ بشأن الصلح الواقى من التفليسة والمادة ١/٤٢ من ذات القانون يدل على أنه يجوز لكل دائن تسرى عليه شروط الصلح الواقى من الافلاس أن يرفع دعوى بفسخه وعليه أن يدخل الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروط الصلح فى الدعوى فهو ذو شأن فيها لأن فسخ الصلح لا يبرئه فيجوز للدائن الرجوع عليه بالدين ومن ثم يترتب على عدم ادخال الكفيل فى دعوى الفسخ براءة ذمته من الدين الذى كفله=

على ذلك صراحة حيث يحق للدائن مطالبة الملتزمين مع المدين بكل الدين (المدينون المتضامنون والكفلاء) ولو تم الصلح مع المفلس [1].

ويترتب على ابراء الدائن للمدين براءة ذمة الكفيل ، ولكن ابراء ذمة الكفيل لا يبرئ ذمة المدين الأصلي لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن الابراء لا يشمل الآخرين ، ولكن تبرأ ذمتهم بقدر حصة الكفيل الذى أبرأه الدائن .

(٨) استحالة التنفيذ :

ينقضي الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وتنقضي الكفالة بانقضائه [2] ، فإذا استحال تنفيذ المدين لالتزامه ، بقوة قاهرة ، فإن هذا الالتزام ينقضي ، ويسقط التزام الكفيل بالتبعية وتبرأ ذمته . أما إذا كان المدين هو الذى تسبب بخطئه فى استحالة تنفيذ التزامه ، فإنه يعتبر مسؤولاً عن الاخلال بهذا الالتزام ، ويسأل عن تعويض الأضرار الناجمة عن ذلك ، ويظل الكفيل ضامناً للوفاء بهذا التعويض .

(٩) التقادم :

إذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم ، فإن الكفالة تنقضي بانقضائه . وينقضي التزام الكفيل بمجرد انقضاء الالتزام المكفول بالتقادم ، والأصل أن ينقضي الالتزامان بالتقادم فى وقت واحد ، إلا أنه يمكن أن ينقضي الالتزام الأصلي دون التزام الكفيل إما لأنه نشأ بعد الالتزام الأول ، وإما لأنه مضافًا إلى أجل أبعد ، فعند ذلك تبرأ ذمة الكفيل بتقادم الدين الأصلي

= إذ لا يمكن الاحتجاج عليه بحكم الفسخ لأنه لم يكن ممثلاً فيه . لما كان ذلك وكانت الشركة الطاعنة – الدائن – لم تختصم المطعون ضده الكفيل فى دعوى فسخ الصلح الواقى التى أقامتها على المدينين فلا يكون لها الحق فى مطالبة الكفيل بالدين محل هذا الصلح وتبرأ ذمته منه . نقض ١٩٩٦/٤/٢٢ طعن ١٦٦٧ س٥٩ق .

(١) م ٦١٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٢) م ٣٧٣ مدنى .

بالرغم من عدم تقادم التزامه هو، لأن براءة ذمة المدين تؤدى إلى براءة ذمة الكفيل (١).

وإذا انقطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل ، وتظل مدة تقادم التزامه سارية ، وينقضى باكتمال مدته (٢) . وقد يقف التقادم بالنسبة للمدين الأصلى ، لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن

---

(١) انقضاء التزام الكفيل المتضامن أو غير المتضامن حتماً بانقضاء التزام المدين بالتقادم ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل .

إن ما ورد بالمادة ١١٠ من القانون المدنى (القديم) من أن (مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقى المدينين) هو استثناء من الأصل الذى من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه إليه الطلب ، ومن ثم وجب أن يلتزم فى تفسيرها بما ورد به صريح نصها ، وأن تحصر آثار النيابة المتبادلة المفترضة قانوناً بين المدينين والمتضامنين فى حدود التزامهم الأصلى - كمقتضى النص - فلا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً ، بل يبقى التزامه تبعياً وإن كان لا يجوز له التمسك بإلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً ويبنى على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن بالدين أسس قضاءه على أن الدين المطالب به حق وفاؤه فى ٣٠ من سبتمبر سنة ١٩٣٠ وأن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن فى ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٤ أى قبل سقوط حق المطعون عليها الأولى فى المطالبة به وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع مدة التقادم بالنسبة له وللمدينين على السواء لأن مطالبته بالدين تعتبر مطالبة لهم يترتب عليها أثرها ، فتنقطع المدة بالنسبة إليهم جميعاً عملاً بالمادة ١١٠ مدنى (قديم) . فإن ما قرره هذا الحكم يكون خطأ فى تطبيق القانون يستوجب نقضه فى هذا الخصوص . (الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤) .

(٢) إن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا تغير مدة التقادم بالنسبة للكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه . (الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٦/٦).

إن الشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن فى الحكم الذى نص عليه بالمادة ١١٠ من القانون المدنى من أن مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية وإقامة=

يطالب المدين بحقه ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة للكفيل ، ويترتب على ذلك أن التقادم لا يقف ولا ينقطع بالنسبة للكفيل ، ويتقادم التزامه وتبرأ ذمته قبل تقادم الالتزام الأصلى . وانقطاع التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا أثر له على سريان التقادم بالنسبة لالتزام المدين .

وتبرأ ذمة الكفيل بمجرد تقادم الدين الأصلى ، ويجوز للكفيل أن يتمسك بالتقادم حتى ولم لم يتمسك به المدين الأصلى بالتقادم ، حتى ولو تنازل عنه المدين ، لأن هذا التنازل لا ينبغى أن يضر بالكفيل ، هذا بالاضافة إلى أن للكفيل مصلحة مؤكدة فى التمسك بالتقادم . ويؤكد ذلك نص المشرع على أنه : لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين (1) .

الفرع الثانى
الدفوع الخاصة بعقد الكفالة

إن صفة التبعية للكفالة لا تؤثر على كونها عقداً مستقلاً ، يلزم لانعقاده، شأنه شأن أى عقد من العقود ، الشروط اللازمة لذلك من تراضى ومحل وسبب . ومن ثم يجوز للكفيل كطرف فى هذا العقد أن يتمسك بأى دفع يؤدى إلى بطلان الكفالة أو بطلانها أو انقضائها طبقاً للقواعد العامة .

= الدعوى عليه بالدين بسريان على باقى المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذى يربط المتعهدين بعضهم ببعض ناشئاً من مصدر واحد ، وإذن فمطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحاد المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه . (الطعن رقم ١١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/١٧) .

(1) م ٣٨٧ مدنى .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك ببطلان تعهده بالكفالة لانعدام رضائه بها أو لنقص أهليته أو تعيب ارادته ، وله أن يتمسك بعدم حلول التزامه إذا كان مضافًا إلى أجل لاحق لأجل التزام المدين ، أو بعدم نفاذ التزامه لتعليقه على شرط واقف ، أو لزوال التزامه بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويستطيع أن يدفع كذلك بانقضاء التزامه بابراء الدائن له أو بالتقادم ولو لم يتقادم الالتزام المكفول . ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع بهدف براءة ذمته قبل الدائن كنتيجة لبطلان التزامه أو انقضائه ولو كان الالتزام المكفول ما زال قائمًا لم ينقض .

ويمكن للكفيل كذلك أن يستند إلى عقد الكفالة إذا كانت كفالته المتفق عليها في العقد محددة في جزء معين من الدين ، ويترتب على ذلك أن مسؤوليته تنحصر في حدود هذا الجزء المكفول من الدين ، فالكفالة يمكن أن تنعقد بشروط أهون من الدين المكفول .

وقد تتحدد الكفالة أيضًا بمال معين بالذات ، وتسمى بالكفالة العينية حيث يقتصر التزام الكفيل بالضمان على العين المكفول بها أو ثمنها فقط. ويترتب على ذلك أن ذمة الكفيل تبرأ نهائيًا حتى ولو كان ثمن العين يفي بجزء من الدين فقط ، وليس للدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك ويستطيع الرجوع بما تبقى على المدين .

وتبرأ ذمة الكفيل العيني كذلك إذا هلكت العين محل الكفالة لسبب لا يد للكفيل فيه ، فهنا ينقضي التزام الكفيل بحكم القانون لاستحالة تنفيذه ، أما إن كان هلاك العين بتعد الكفيل أو تقصير منه فإن الكفالة تبقى بقيمة العين في سائر أمواله ، وتقدير قيمة العين يكون بأوفر القيم التي وصلت إليها في الفترة من وقت انشاء الكفالة إلى وقت طلبها للتنفيذ عليها .

الفرع الثالث
الدفع بالتنفيذ على أموال المدين
(الدفع بالتجريد)

يستطيع الكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب التنفيذ على أموال المدين لاستيفاء حقه ، وذلك قبل القيام بالتنفيذ على أمواله ، أى أن للكفيل الحق فى أن يطلب من الدائن تجريد المدين من أمواله أولاً ، ثم الرجوع عليه بما تبقى ، ويعبر عن ذلك بالدفع بالتجريد .

ويكون من شأن هذا الدفع تأجيل تنفيذ الدائن على أموال الكفيل إلى ما بعد الانتهاء من التنفيذ على أموال المدين ، فإذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين ، انقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته ، وإذا استوفى جزءاً من هذا الحق أو لم يستـوف شيئاً منه ، كان له الرجوع على الكفيل بكل الديـن أو بما تبقى مـنه .

« فالكفيل جـدير بالرعـاية لأنه يـوفى ديناً ليـس بدينـه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه ، فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه ، ولا ضرر فى هذا على الدائن ، إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين ، ويمكن القول أيضاً أن هذه هى النية المفترضة للكفيل ، عندما كفل المدين » .

« ومعنى هذا الدفع فى صورة عملية إن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالى أن تتجه أولاً إلى أموال المدين فتجرده منها وستجد لديه من الأموال ما يكفى للوفاء بدينك . ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه ، بينما أموال المدين قائمة لم تمس » . ويتحقق ذلك « إذا كان المدين موسراً ، ويستطيع الدائن فى يسر أن يقتضى منه حقه ، فلماذا يقهر الكفيل على الوفاء بحق الدائن ليعود هذا الكفيل ، من بعد ، إلى اقتضاء ما وفاه من المدين ؟ ألا يكون طبيعياً ، وأكثر اتفاقاً مع العدالة ، بل وادعى إلى اقتصاد

الوقت ، وتوفير النفقات ، أن يتخذ الدائن اجراءاته ضد المدين ؟ فعنصر الملائمة ، يوجب أيضاً الأخذ بهذا الدفع حيث أنه كفى للدائن استيفاء حقه، ولا فرق لديه ، بين أن يستوفيه من المدين أو من الكفيل . وهكذا يجب أن يأتى القانون فى عون أولئك الذين ، بالتزامهم عن غيرهم ، لا يقصدون أن يكون تعهدهم مصدر خسارة لهم » .

ونعرض لدراسة هذا الدفع من خلال تناول شروطه ، والآثار المترتبة عليه ، وصورة خاصة للدفع به .

الغصن الأول

شروط الدفع بالتجريد

« لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » .

« إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ولا عبرة بالأمول التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالاً متنازعاً عليه » (١) .

يمكن أن نستخلص الشروط اللازمة للدفع بالتجريد على النحو التالى :

الشرط الأول : يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدمًا عن الدفع بالتجريد(٢) :

الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل ، يجوز له أن يتنازل عنه لأنه مقرر لصالحه . وقد يتم التنازل عن الدفع فى عقد الكفالة ذاته أو بعد ذلك فى

(١) م ٧٨٨ ، ٧٨٩ مدنى .

(٢) السنهورى ص ٦١٧ .

اتفاق مستقل ، وقد يكون التنازل فى صورة صريحة أو ضمنية ، ومثال النزول الضمنى سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله .

ويستخلص النزول الضمنى عن الدفع من ظروف الحال وملابساته ، كتعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله . وقد يعتبر مجرد السكوت نزولاً ضمنيًا عن التمسك بالدفع ، وقد ذهب البعض إلى اعتبار سكوت الدائن عند بدء الاجراءات الأولى للمطالبة ضده من قبيل النزول الضمنى ، فيجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع قبل التعرض لموضوع الدعوى .

ولكن محكمة النقض ذهبت إلى أن للكفيل غير المتضامن الحق فى ابداء الدفع بتجريد المدين فى أى وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه (1) . ولا شك فى اتفاق ذلك القضاء مع المبادئ العامة لأن النزول عن الحق لا يفترض ، بل يجب أن يكون مؤكداً ، ويعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع .

الشرط الثانى : يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد :

الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام ، لذا وجب أن يتمسك به الكفيل، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ويثور التساؤل عن الوقت الذى يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع .

ذهب البعض إلى القول بأنه إذا رفعت الدعوى على الكفيل ، كان له الحق فى أن يتمسك بالدفع بالتجريد ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وإنما يجب على الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد قبل صدور الحكم النهائى، فإذا لم يفعل وصدر هذا الحكم بالزامه بالدين ، فلا يعلق تنفيذه على تجريد المدين من أمواله . وعلى ذلك فإن الدفع بالتجريد يتعلق بمرحلة المطالبة القضائية وليس بالتنفيذ .

---

(1) نقض ١٩٣٧/١/٢١ س١٧ ص ٨٥٧ .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين: الأولى هى مرحلة التقاضى ، والثانية مرحلة التنفيذ ، وتختص كل مرحلة بدفع خاص ، فالدفع الخاص بالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل أولاً ، ويجوز التمسك بهذا الدفع فى أى مرحلة من مراحل الدعوى . ولا يجوز التمسك به فى مرحلة التنفيذ أى بعد صدور حكم نهائى فى الدعوى . أما الدفع بالتجريد فهو خاص بمرحلة التنفيذ ، حيث يستطيع الكفيل التمسك به فى مواجهة الدائن عندما يشرع فى التنفيذ على أمواله . لذا فإن هذا الدفع لا يسقط لعدم التمسك به فى مرحلة التقاضى .

وتعلق الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ لا يعنى عدم جواز ابدائه فى مرحلة التقاضى ، بل يجوز للكفيل أن يبديه أثناء نظر الدعوى ، ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فإنه يجوز له التمسك بالدفع بالتجريد ، ويتضمن الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، إلى جانب الزام الكفيل بالدين ، عدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين .

الشرط الثالث : ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين :

يستطيع الكفيل العادى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً، وله أن يتمسك كذلك بلزوم التنفيذ على أموال المدين أولاً ، وهذا الحق فى التجريد ، أما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك بأى من هذين الحقين(١).

---

(١) وقضى بأن للكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسبًا بالدفع بتجريد المدين. وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه ، وأن تقديمه لهذا البيان على دفعة واحدة وعند البدء فى التنفيذ فإن له كذلك أن يبين ما يكون قد آل للمدين من مال بسبب جديد ، واذن فإذا كان الكفيل عند اعلانه من الدائن بتنبيه نزع الملكية قد بادر إلى المعارضة فى التنبيه وأعلن صحيفة المعارضة للدائن فى الميعاد القانونى مبيناً له ما يمتلكه المدين مما يجوز له أن يستند بدينه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر أيضاً إلى اعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستند بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانياً فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل إليه ولا تاركاً له=

فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معاً ، ويجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولاً (١) .

ويثور التساؤل حول امكانية الاتفاق على احتفاظ الكفيل المتضامن بالحق في التمسك بالدفع بالتجريد .

مما لا شك فيه أنه لا يجوز الاتفاق على احتفاظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد في كل من الكفالة القضائية والكفالة القانونية لأن الكفيل فيهما يعتبر متضامناً بنص القانون ، وتقتضي طبيعة التضامن في هذه الحالة حرمان الكفيل من الحق في الدفع بالتجريد .

أما بالنسبة للتضامن الاتفاقي ، فإن البعض يرى عدم جواز منح الكفيل المتضامن الحق في الدفع بالتجريد لأن ذلك الدفع يتعارض مع طبيعة التضامن، واحتفاظ الكفيل بهذا الدفع لا يجعله متضامناً في الواقع. إلا أن الرأي الغالب يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة ، وحرية الكفيل في التخفيف من التزامه .

وينبغي ملاحظة أن المقصود بالتضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالحق في التجريد هو التضامن القائم بينه وبين المدين . ويترتب على ذلك

= بمقولة أنه فاته أن يبديه عند البدء في التنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة في تطبيق القانون إذا هي بحثت في قيام هذا الملك وامكان استيفاء الدائن دينه منه (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١) .

(١) لا وجه لتمسك الكفيل المتضامن للمدين الأصلي في الورقة التجارية بحكم المادة ١٦٩ تجاري .

لئن كان تحرير احتجاج عدم الدفع شرطاً للرجوع على مظهري الورقة التجارية وضمانهم فإنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للرجوع على المدين الأصلي وضامنه الاحتياطي. وإذا كان الطاعن قد استند في نعيه إلى المادة ١٦٩ من قانون التجارة وهي على ما هو ظاهر من نصها خاصة بسقوط حق حامل الورقة التجارية في الرجوع على المظهرين وضمانهم الاحتياطي إذا أهمل الواجبات المنصوص عليها فيها ، فلا وجه تبعاً لذلك لتمسك الطاعن وهو كفيل متضامن مع المدين الأصلي بتطبيق تلك المادة .(الطعن رقم ٥٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٦ س ٢٥ ص ١٠٨٢) .

أنه إذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين ، فليس للكفيل الذى كفل أحدهم أن يطلب تجريده . أما الكفيل الذى يكفل هؤلاء المدينين جميعًا فيحق له أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبلهم . وإذا كان هناك كفيل آخر متضامنًا مع المدينين فإن الكفيل الأول لا يحق له أن يطلب تجريده. ومن ناحية أخرى إذا كان التضامن قد تم بين الكفيل وغيره من الكفلاء فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين ، لأن هذا التضامن يمنع فقط من تقسيم الدين عند رجوع الدائن على أى منهم (١) .

والحرمان من الدفع بالتجريد بالنسبة للكفيل المتضامن مع المدين لا يؤثر على حق المصدق فى التمسك بهذا الدفع ، فكفيل الكفيل يستطيع التمسك بهذا الدفع سواء بالنسبة للكفيل أو بالنسبة للمدين ، لأن دفوعه مستقلة ، ولا يمكن حرمانه منها إلا إذا كان متضامنًا ، ولا يمكن افتراض التضامن .

الشرط الرابع : يجب أن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً :

إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (٢) .

ومؤدى ذلك النص أن الكفيل العينى ليس له – بحسب الأصل – الحق فى التمسك بالدفع بالتجريد ، فهذا الحق خاص بالكفيل الشخصى . وتغلب على النص فكرة الرهن على فكرة الكفالة ، حيث ورد حكمه فى باب الرهن الرسمى ، ويستهدف المشرع من ذلك الحكم ألا يجعل الرهن الذى يقدمه شخص آخر غير المدين أضعف أثراً من الرهن الذى يقدمه المدين .

وقد راعى المشرع فى ذلك المركز الخاص للكفيل العينى حيث تكون مسؤوليته عن الدين محدودة بالعين التى تضمن الوفاء بهذا الدين المكفول ، فالعين محل الكفالة هى وحدها الضامنة للالتزام الأصلى دون سائر عناصر

---

(١) ان الدفع بالتجريد مقصور على العلاقة بين الدائن والكفيل غير المتضامن عند الشروع فى التنفيذ على أمواله . نقض ١٩٧٩/١٢/٦ س٢٠ جـ ٢ ص ١٧١ .

(٢) م ١٠٥٠ مدنى .

ذمته المالية ، أما الكفيل الشخصى فتكون أمواله جميعها ضامنة للوفاء بالدين المكفول أى أن الضمان يرد على العناصر المكونة لذمته المالية .

ولكن الحكم المذكور يعتبر ذات طبيعة مكملة ، حيث يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه ، وينبنى على ذلك أنه إذا اشترط الكفيل الاحتفاظ لنفسه بالحق فى التجريد ، لا يجوز للدائن التنفيذ على العين محل الكفالة قبل الرجوع على المدين وتجريده .

الشرط الخامس : يجب أن يرشد الكفيل إلى أموال للمدين تفى بكل الدين :

يجب على الكفيل ، الذى يطلب التجريد ، أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تكفى للوفاء بالدين كله .

ويتخلف هذا الشرط فى حالة افلاس المدين أو اعساره ، حيث لا يستطيع الكفيل ، فى هذه الحالة ، أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بكل الدين، وكذلك الحال إذا كان المدين ظاهر الافلاس أو الاعسار أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه فى حالة افلاس المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلاً كافيًا على أنه ليس له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها ، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد.

ويقع على الكفيل عبء اثبات وجود أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين ويقوم بارشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته ، ومن أمثلة هذه النفقات مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى أرشد عنها ، ومصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال . ويجد هذا الحكم تبريره فى أن الكفيل هو الذى يستفيد من هذا الارشاد ، هذا فضلاً عن أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لالزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملاً تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بالزام الكفيل بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، وبأن يتحمل نفقة هذا الارشاد .

ويشترط فى الأموال التى يجب أن يرشد عنها الكفيل عدة شروط هى :

١ - أن تكون الأموال مملوكة للمدين ، فالأموال غير المملوكة للمدين لا يعتد بها ولو كانت فى حيازته لأنها لا تدخل الضمان العام للدائنين ولا يمكن التنفيذ عليها ، ولا يعتد بالارشاد عن أموال الكفلاء أو باقى المدينين المتضامنين مع المدين الذى يكفله .

٢- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها ، وهذا الشرط يتفق مع الغاية من الارشاد ، إلا وهو التنفيذ على هذه الأموال بهدف استيفاء الدين .

٣- أن تكون الأموال كافية للوفاء بكل الدين ، فلا يكفي أن تكفى الأموال للوفاء بجزء من الدين أو حتى بمعظمه ، فإذا كانت الأموال التى يرشد عنها الكفيل لا تكفى لسداد كل الدين ، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد (١) .

والعبرة بقيمة الأموال الصافية لمعرفة مدى كفايتها للوفاء بالدين ، سواء تمثلت فى عقارات أو منقولات . فلا تصلح الأموال المحملة بحقوق تجعل الصافى من قيمتها غير كاف لسداد الدين . فإذا كان مال المدين مثقلاً بحقوق عينية كرهن أو اختصاص أو امتياز وجب ألا يحسب من قيمة هذا المال إلا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الحقوق العينية .

ويعلل الفقه هذا الشرط بأنه إذا كانت أموال المدين لا تفى بالدين كله، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئيًا لحقه ، ولا يجوز اجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئى ، أضف إلى ذلك أن الحكمة من التجريد هى منع تكرار التنفيذ ، ولما كان المال غير كاف ، فهذه الحكمة لن تتحقق ، وبالتالى يمتنع التجريد ، حيث سيضطر الدائن إلى التنفيذ من جديد على الكفيل ، فتتعدد الاجراءات .

---

(١) وقضى بأن الشارع قد وكل إلى المحكمة التى يقدم الكفيل إليها دفعة بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز حجزها يفى بأداء الدين بتمامه، ثم الحكم بايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل ايقافاً مؤقتاً أو بعدم ايقافها على حسب الأحوال، مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية ، فلا رقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك . (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١) .

٤- أن تكون الأموال موجودة فى مصر ، وذلك لتجنب ارهاق الدائن من خلال مباشرة اجراءات طويلة معقدة فى حالة وجود الأموال خارج اقليم الدولة.

ولا يلزم بعد ذلك وجود هذه الأموال فى جزء معين من اقليم الدولة ، فلا يشترط أن تكون الأموال موجودة فى مكان الوفاء بالدين أو فى موطن المدين.

٥- يجب ألا تكون الأموال غير متنازع فيها ، « لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ، وهى على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضى النزاع فيها غالبًا التقاضى وما يترتب عليه من اجراءات طويلة ومعقدة » .

فالارشاد إلى أموال متنازع فيها يقتضى من الدائن فى البداية تصفية هذا النزاع وفى ذلك ارهاق كبير له ، وقد يفاجأ عند التنفيذ بتعطيل الاجراءات أو إلغائها بسبب استحقاق المال لشخص آخر غير المدين ، مما يعرضه لخطر عدم استيفاء حقه كاملاً ، لذا أراد المشرع تجنيب الدائن مباشرة اجراءات شاقة للتنفيذ على هذه الأموال المتنازع عليها .

ويكون المال متنازع عليه إذا كانت هناك دعوى مرفوعة فى شأنه ، أو كان محلاً لنزاع جدى . ويدخل فى حكم المال المتنازع عليه الأموال التى تستلزم للتنفيذ عليها اجراءات طويلة وصعبة حتى ولو لم يكن هناك نزاع بشأنها لتوافر نفس الحكمة ألا وهى تجنيب الدائن مشقة الارهاق فى مباشرة هذه الاجراءات . ومن أمثلة هذه الأموال المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل فى دعوى القسمة ، والمال المثقل بحق عينى كرهن أو امتياز أو اختصاص وذلك بسبب صعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه سوى قيمة ضئيلة قد لا تكفى للوفاء بالدين .

الغصن الثانى
آثار الدفع بالتجريد

يترتب على توافر شروط الدفع بالتجريد وقبول المحكمة له عدة نتائج قانونية هامة تتمثل فى :

١- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل :

يترتب على قبول الدفع بالتجريد وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، بل أن هذه الاجراءات تقف بمجرد ابداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه وتسقط الاجراءات التى يكون الدائن قد اتخذها قبل الدفع بالتجريد ، وتبطل كل الاجراءات التى تتخذ فى سبيل التنفيذ على أموال الكفيل ، سواء تعلق الأمر بمرحلة التقاضى ، إذا تم التمسك بالدفع أثناء سير الدعوى ، أو بمرحلة التنفيذ إذا تم التمسك به عند شروع الدائن فى التنفيذ عن طريق الاستشكال فى التنفيذ .

وتطبيقًا لذلك ، يلغى مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفعه ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى اتخذ على عقار للكفيل وتزول آثاره ، وتلغى اجراءات الحجز التنفيذى على منقولاته [1] ، ولا تقع المقاصة بين التزام الكفيل والتزام آخر فى ذمة الدائن له .

ولكن وقف اجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية على أموال الكفيل ، مثال ذلك قيد رهن لصالح الكفيل أو تجديد هذا القيد ، والحصول على اختصاص على عقار للكفيل ، وطلب وضع

---

(١) وتطبيقًا لذلك قضى فى ظل القانون المدنى الجديد بأن المراد من عبارة « ايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل » الوارد ذكرها فى المادة ٥٠٢ من القانون المدنى هو الكف عن متابعة السير فى اجراءات التنفيذ مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية وهذا لا يتعارض مع قضاء المحكمة بالغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات .
(الطعن رقم ٧٨ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٢١) .

الأختام على تركة الكفيل إذا مات .

٢- الزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى أرشد عنها الكفيل :

ينبغى على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين، وإلا تحمل نتيجة اعسار المدين إذا تراخى فى التنفيذ على أمواله. وينص المشرع على ذلك صراحة « فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب .

ويجب على الدائن أن يبذل فى اتخاذ هذه الاجراءات عناية الرجل المعتاد ، وهو يتحمل مغبة تقصيره وتراخيه ، إذا أعسر المدين وأصبحت أمواله غير كافية للوفاء بالدين بعد أن كانت كافية عندما أرشده الكفيل عنها .

« فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين ، وتباطأ الدائن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من اخفائها أو تهريبها أو تبديدها ، كان الدائن مسؤولاً عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ اجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضى اتخاذ اجراءات سريعة للتنفيذ عليها ، ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين فى يد الغير ، وتباطأ الدائن فى اتخاذ الاجراءات لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسؤولاً نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار فى الوقت المناسب ، ويقع عبء اثبات تقصير الدائن على الكفيل ، وفقاً للقواعد العامة، وليس فى كل ما تقدم إلا تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية » .

٣- مسؤولية الكفيل عند عدم حصول الدائن على حقه كاملاً:

إذا اتخذ الدائن الاجراءات التنفيذية على مال المدين فى الوقت المناسب ، فإن ذلك يؤدى عادة إلى حصوله على حقه ، إلا أنه من المتصور عدم استيفاء الدائن لحقه كليًا أو جزئيًا ، بالرغم من قيامة بالاجراءات التنفيذية على الوجه المعتاد ، لسبب أجنبى لا يد له فيه ، فقد يظهر دائنون

عاديون للمدين يزاحمون الدائن ويقاسمونه ثمرة التنفيذ مما يؤثر على كفاية الأموال للوفاء بالدين . وقد تنخفض قيمة أموال المدين عند التنفيذ عليها نتيجة لتقلبات السوق أو يتضح أنه قد تم تقدير هذه الأموال بأكثر من قيمتها، فى هذه الأحوال لا يستوفى الدائن حقه بالكامل ، ولا يرجع ذلك إلى خطئه

ويترتب على ذلك أن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما استوفى الدائن من أموال المدين بعد التنفيذ عليها ، ويكون للدائن أن يرجع على الكفيل بالباقى من حقه ، ولكن يتعين عليه ، ليقوم بهذا الرجوع ، أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى دل عليها الكفيل ، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً . ويتم اثبات ذلك من خلال تقديم محاضر الحجز وأوراق التنفيذ.

الغصن الثالث

صورة خاصة للدفع بالتجريد

إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونًا أو اتفاقًا لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه . ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين » (١) .

يوجب النص على الدائن ، قبل التنفيذ على الكفيل ، البدء بالتنفيذ على أى تأمين عينى يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المكفول ، ويحق للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد التأمين العينى الذى قدمه المدين أولاً ، أى أنه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل بهذا التأمين .

والحكمة من هذا النص واضحة فى أن الكفيل قد راعى عند قبوله الكفالة أن هناك تأمين عينى لضمان الدين ، لأن هذا التأمين كان سابقًا على الكفالة أو معاصراً لها ، ويكون قد اعتمد على هذا التأمين فى الوفاء بالدين المكفول ، لذا وجب على الدائن أن يبدأ التنفيذ على المال المحمل به .

---

(١) م ٧٩٢ مدنى .

(أ) ويشترط للتمسك بهذا الدفع توافر عدة شروط هى :

١- أن يكون هناك تأمين عينى خصص لضمان الدين ، ويستوى أن يكون هذا التأمين مقرراً على عقار أو على منقول ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى ، ولا يشترط أن يكون التأمين كافيًا للوفاء بكل الدين أو غير كاف للوفاء به . ويشمل النص كل أنواع التأمين العينى أيًا كان سند انشائه ، بمقتضى اتفاق كالرهن الرسمى أو الحيازى ، أو بمقتضى نص فى القانون كحق الامتياز ، أو بمقتضى حكم القاضى كحق الاختصاص . ولم يشر النص إلى هذا الحق صراحة ، إلا أن الفقه يجمع عليه ولا يدخل الحق فى الحبس ضمن التأمينات العينية التى يشملها النص .

٢- يجب أن يكون التأمين العينى قد نشأ على مال مملوك للمدين ، أما إذا كان هذا التأمين مقدمًا من الغير ، فلا ينطبق النص . فإذا كان هناك كفيل عينى قد قدم عقاراً أو منقولاً لضمان الوفاء بالدين المكفول ، فإن من حق الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على العين الضامنة للوفاء بالدين أو العكس ، لأن كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى فى مركز واحد من حيث المسؤولية عن الدين ، وإذا وفى أحدهم بالدين كان له الرجوع على الآخر بقدر نصيبه . وعلى هذا لا يجوز للكفيل الشخصى أن يطلب تجريد الكفيل العينى لأنه مسؤول مثله عن وفاء ذات الدين(١) . ويتفق ذلك مع الأحكام العامة للدفع بالتجريد والحكمة منه التى توجب أن يكون المال المراد التنفيذ عليه أولاً مملوكًا للمدين .

وبناء عليه يكون من حق الكفيل أن يطلب التنفيذ على العين المملوكة للمدين المخصصة لتأمين الوفاء بالدين ، سواء تمثل ذلك فى صورة رهن أو اختصاص ، حتى ولو خرجت هذه العين من ملكيته إلى الغير بعد الرهن . ويستطيع الدائن الرجوع على الكفيل بعد ذلك بما تبقى من الدين إذا لم

---

(١) هذا مع مراعاة أحكام الدفع بالتقسيم السابق ذكرها ص ١٤١ .

يكف المال المرهون للوفاء به . ويقتصر حق الكفيل على طلب تجريد المدين وليس الكفيل العينى .

٣- أن يكون التأمين العينى قد نشأ قبل الكفالة أو وقت ابرامها ، لأن هذا التأمين يكون الكفيل قد وضعه فى اعتباره عند قبول الكفالة ، أما التأمين العينى المتأخر عن عقد الكفالة فليس من حق الكفيل أن يطلب التنفيذ عليه أولاً ، لأنه لا يكون قد اعتمد عليه لحظة قبوله ضمان الدين .

٤- يجب أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، فليس للكفيل المتضامن الحق فى التمسك بالتجريد سواء على كل أموال المدين أو على المال المخصص للوفاء بالدين فى صورة تأمين عينى . ويكون للدائن التنفيذ على أموال الكفيل المتضامن قبل التنفيذ على المال المثقل بتأمين عينى لضمان الدين المكفول ، فالكفيل المتضامن ينزل منزلة المدين المتضامن ، ويقتضى منطق التضامن جعل الكفيل فى مركز المدين الأصلى .

٥- يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع ، لأننا بصدد حق مقرر لمصلحة خاصة ولا يتعلق بالنظام العام ، لهذا لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، بل بناء على تمسك الكفيل به سواء فى مرحلة التقاضى أو فى مرحلة التنفيذ . ويجوز للكفيل أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن التمسك بهذا الدفع .

(ب) أثر الدفع :

إذا توافرت الشروط المذكورة وتم قبول الدفع من قبل المحكمة ، فإنه تترتب نفس الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد بصفة عامة . ومن ثم يلتزم الدائن بالتنفيذ على التأمين العينى ، ويبطل كل اجراء يتخذه للتنفيذ على أموال المدين قبل ذلك .

إلا أنه يجدر الاشارة هنا أن الأخطار التى تنتج عن اهمال الدائن فى التنفيذ لا تعرض هنا لأن افلاس المدين أو اعساره لا يؤثر على استيفاء الدائن لحقه من التأمين العينى لأن المرتبة التى يكتسبها على المال المحمل بهذا التأمين تضمن وقايته من آثار الافلاس أو الاعسار .

الفرع الرابع
الدفوع المتعلقة بالتزامات الدائن

فرض المشرع على الدائن عدة التزامات فى مواجهة الكفيل حتى يضمن هذا الأخير الرجوع على المدين بما وفاه ، فيجب على الدائن اتخاذ اجراءات معينة تضمن للكفيل استيفاء حقه عند رجوعه على المدين ، ويرتب القانون على اخلال الدائن بهذه الواجبات براءة ذمة الكفيل كلياً أو جزئياً أو أحقيته فى الامتناع عن تنفيذ التزامه .

الغصن الأول
اضاعة التأمينات بخطأ الدائن

(أ) مفهوم :

تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين تقرر بحكم القانون (١) .

إذا كان الدين المكفول مضموناً بتأمينات أخرى كرهن مثلاً ، وتسبب الدائن فى اضاعتها بخطئه ، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن منها ، أى بقدر الضرر الذى لحق الكفيل بسبب ضياع هذه التأمينات التى تضمن له الرجوع على المدين لاستيفاء ما دفعه للدائن .

« وتكمن الحكمة التى أملت هذا النص فى وجهين : الأول أن الدائن بفعله هذا يعتبر قد أضر بالكفيل ، ذلك أن الكفيل متى أوفى للدائن فإنه يحل محله ، ويرجع على المدين ، بشروط معينة ، بدعوى الحلول التى يستفيد فيها بكل ما كان يضمن حق الدائن . فإذا كان هذا الأخير قد أضاع تأميناً

---

(١) م ٧٨٤ مدنى .

عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٥ .

من بين هذه الضمانات فسوف يكون من شأن ذلك اضعاف فرصة الكفيل في استيفاء حقه كاملاً من المدين ، واذن وجب أن يتحمل الدائن نتيجة ما فعل . أما الوجه الآخر فهو أن الدين كما تضمنه الكفالة ، يضمنه تأمين آخر، ومسلك الدائن في اضاعة هذا التأمين ، والرجوع على الكفيل وحده ، مسلك لا يأتيه الرجل المعتاد فيتحمل مغبته » .

ويختلف الفقه في بحث الأساس القانوني لهذا النص . فهناك من يرى أن الدائن يلتزم ، رعاية لمصلحة الكفيل بالمحافظة على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول به ، وجعل الشارع سقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل ، بقدر الضرر الذى أصاب هذا الأخير ، جزاء على الاخلال بذلك، وتصبح الكفالة على هذا النحو ، عقداً ملزماً للجانبين ، وليس فقط لجانب واحد .

ويذهب الرأى الغالب إلى الاعتراض على هذا التكييف ، الذى يمسخ طبيعة الكفالة ويجعل منها عقداً ملزماً للجانبين لا يتفق مع الحقيقة ، فالعقد لا يعتبر ملزماً للجانبين إلا إذا كانت الالتزامات المتبادلة فيه يعتبر كل منها مقابلاً للالتزام الآخر ، أو ، وفقاً لتعبير الفقه ، سبباً له . ولا يمكن القول بأن الكفيل يلتزم بوفاء الالتزام لأن الدائن سيحافظ له على التأمينات التى تضمنه، فسبب التزام الكفيل يكمن في العلاقات القائمة بينه وبين المدين. والحقيقة، كما يرى البعض الآخر ، أن الكفالة عملية مركبة تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولا يمكن لأحدهم ، أو لاثنين منهم ، أن يسوءا مركز الثالث . فكما لا يجوز باتفاق بين الدائن والمدين ، أن يزيدا في عبء الدين على الكفيل ، بل يظل اتفاقهما غير نافذ في مواجهته ، وكما لا يجوز للمدين أن يسوىء مركز الكفيل بعدم التمسك بدفوعه أو بالنزول عنها ، بل يبقى للكفيل حقه في الاحتجاج بها ، وكما لا يجوز للكفيل أن يسوئ مركز المدين بعدم التمسك بدفوع تتعلق بالدين المكفول به ، بل يجوز للمدين أن يدفع بها رجوعه عليه، فكذلك لا يجوز للدائن أن يسوئ مركز الكفيل باضاعة التأمينات التى تضمن رجوعه على المدين ، بل تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين . وعلى ذلك ، لا تعدو محافظة الدائن على التأمينات أن تكون شرطاً وضعه القانون لرجوع الدائن على الكفيل » .

(ب) شروط الدفع :

يشترط لصحة التمسك بهذا الدفع حتى يرتب أثره فى براءة ذمة الكفيل عند تسبب الدائن بتقصيره فى اضاعة التأمينات التى تضمن الدين المكفول ، عدة شروط :

١ - اضاعة تأمين خاص :

يقصد بالتأمينات موضوع ذلك الحكم كل التأمينات الشخصية والعينية سواء كان مصدرها الاتفاق أو القضاء أو القانون . ويدخل فى ذلك الكفالة والتضامن ، الرهن الرسمى أو الحيازى ، الاختصاص ، الامتياز ، ويستوى أن يكون التأمين الخاص مقدمًا من المدين أو من غيره . ويشمل الحكم كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء موجوداً وقت ابرام الكفالة أو تقرر بعدها .

ولا يشترط أن يكون التأمين الخاص ، موضوع تطبيق النص ، من التأمينات المسماه ، بل يكفى أن يكون ضماناً خاصاً أو ميزة خاصة ، مثال ذلك تنازل الدائن عن حقه فى استيفاء الدين مقدمًا ، كما لو تنازل المؤجر عن حقه ، المتفق عليه فى العقد ، فى تقاضى الأجرة مقدمًا ، هنا يحق للكفيل الذى كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب اضاعة المؤجر للضمانة الخاصة المقررة له .

ولا ينطبق النص إذا كان الدائن لم يتسبب بخطئه فى اضاعة تأمين خاص ، بل تسبب فى فوات فرصة الحصول على هذا التأمين ، كما لو أغفل الدائن عمداً أو اهمالاً الحصول على تأمين يضمن الوفاء بالدين المكفول . فليس للكفيل أن يتمسك ببرائة ذمته بسبب تقصير الدائن فى الحصول على هذا التأمين . مثال ذلك عدم مطالبة المؤجر للمستأجر بوضع منقولات بالعين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجرة لمدة سنتين أو لمدة الايجار إن قلت عن ذلك ، حتى يكون له امتياز على هذه المنقولات [1] ، واهمال المؤجر فى

---

(١) م٥٨٨ ، ١١٤٣ مدنى .

المطالبة بهذا الحق لا يدخل ضمن حالات تطبيق النص موضوع الدراسة .

ولا ينطبق النص كذلك فى حالة اهمال الدائن المحافظة على الضمان العام ، فلا يعتبر الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً يؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ، إذا أهمل فى المحافظة على التأمين العام المقرر له على أموال مدينه ، كما لو أهمل فى مطالبته بالدين أو منحه أجلاً قبل اعساره أو تقاعد عن رفع الدعوى البوليصية عليه . وبناء عليه ، فما يحاسب عليه الدائن هو الضمان الذى كان موجوداً ، أما الضمان الذى فى امكانه أن يحصل عليه ولكنه لم يفعل ، فلا يستطيع الكفيل أن يعتمد على هذا الفعل السلبى ليصل إلى التخلص من الكفالة وتبرئة ذمته .

ولكن أليس من الممكن مساءلة الدائن عن هذا التقصير ؟

ذهب البعض إلى امكان تأسيس مسؤولية الدائن عن اضعاف الضمان العام ، على قواعد المسؤولية التقصيرية ، وتعبر المذكرة التفسيرية عن ذلك الاتجاه بقولها . قد تصدر من الدائن أعمال ايجابية ، كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى ، أو حجز مال مدينه لدى الغير ، أو اجراءات التنفيذ العقارى ، أو وضع أموال المدين تحت الحراسة ، أو ايداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة . أو أعمال سلبية ، كعدم قيامه باتخاذ اجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله اياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لاجرائه ، وكذلك عدم التقدم فى التوزيع ، أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الاهمال فى القيام باجراء معين أو ابراز مستند ما ، لا يترتب عليه ضياع التأمينات ، ولكنها مع ذلك ، تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه ، فإن الدائن يكون مسؤولاً عنها طبقاً لقواعد المسؤولية ما دام قد ترتب عليها ضرر للكفيل » . وقد كان فى ذيل المادة ٧٨٥ عبارة تقرر هذا الحكم ، غير أنها حذفت لأن فى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة إلى استظهاره . وبناء عليه فإنه يمكن مطالبة الدائن بالتعويض إذا شكلت سلبيته فى المحافظة على الضمان العام ، خطأ طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (١) .

---

(١) جـ ٣ ص ٧٤٥ .

ويذهب الرأى الغالب أنه يمكن مساءلة الدائن عن تقصيره طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية العقدية لأن الدائن يلتزم بتنفيذ العقد القائم بينه وبين الكفيل بحسن نية ومقتضى ذلك أن يحافظ على ضمانه العام فى مواجهة المدين ، فإذا قصر فى ذلك وترتب على تقصيره اعسار المدين ، جاز للكفيل أن يطالب بالتعويض ، وللقاضى أن يقرر براءة ذمة الكفيل من دينه كله أو بعضه لأن القاضى هو الذى يختار طريقة التعويض تبعاً للظروف [(١)] . ويؤكد بعض أنصار هذا الاتجاه أن مسؤولية الدائن فى هذا الصدد تجاه الكفيل لابد أن تنشأ من عقد الكفالة ، ولا يكون الدائن مسؤولاً عن اضعافه الضمان العام إلا إذا التزم بمقتضى بنود الكفالة بالمحافظة عليه .

٢- أن يكون التأمين قد ضاع بخطأ الدائن :

يكون الدائن مسؤولاً عن اضاعة التأمين الخاص ، ويتمثل خطأ الدائن فى السلوك المغاير لما يجب أن يقوم به الرجل المعتاد فى المحافظة على التأمينات الخاصة التى تضمن استيفاء حقه ، وقد يتخذ سلوك الدائن الخاطئ مظهراً ايجابياً أو مظهراً سلبياً .

ومن التطبيقات التى يوردها الفقه كأمثلة للسلوك الايجابى الخاطئ الصادر من الدائن ، ابرائه كفيلاً آخر أو مديناً متضامناً مع المدين ، نزوله عن رهن ترتب لمصلحته ، أو عن حيازة مال محبوس ، أو نزوله لدائن متأخر عن مرتبته فى الرهن .

ومن أمثلة السلوك السلبى الخاطئ للدائن « اهماله فى المحافظة على التأمينات المقررة لضمان حقه ، كعدم قيده الرهن ، أو عدم تجديد قيده ، أو تركه الأموال الواقع عليها امتيازه أو رهنه تباع من غير أن يطالب بحق أولويته على الثمن ، أو تركه العقار المرهون تنزع ملكيته ، ويرسو مزاده بثمن بخس دون اخطار الكفيل ، ففوت عليه فرصة التقدم للمزايدة والعمل بذلك على أن يرسو المزاد بقيمته الحقيقية أو يرسو عليه ، أو عدم توقيعه الحجز

---

(١) م ١٧١ مدنى .

التحفظى على حاصلات العين المؤجرة مما ترتب عليه ضياع حق الامتياز الذى يقرره القانون عليها لمصلحته ، أو تركه الراهن يضعف الرهن بهدم العقار المرهون أو ازالة أشجار الحديقة المرهونة أو بتأجيره لمدة طويلة » .

وتبرأ ذمة الكفيل إذا أضاع الدائن التأمين الخاص بسبب الخطأ المنسوب له شخصياً ، سواء صدر منه شخصياً أو ممن ينوب عنه كوكيله (المحامى مثلاً) ، أو ممن هو مسؤول عنه كتابعه ، وعلى العكس من ذلك لا يسأل الدائن عن ضياع التأمين الخاص بقوة قاهرة (هلاك العين المرهونة بسبب أجنبى مثلاً) ، أو بفعل الغير أو بفعل المدين أو الكفيل .

٣- يجب أن ينجم عن خطأ الدائن ضرر يلحق الكفيل :

يجب أن يثبت الكفيل أن اضاعة الدائن للتأمين الخاص بخطئه ، قد أصابه بضرر . ويتحقق الضرر فى كل حالة يكون فيها التأمين الضائع ذا قيمة ، فضياع التأمين الذى له قيمة يصيب الكفيل بالضرر بسبب تقليل احتمالات حصوله على حقه بعد الوفاء للدائن . والعبرة بقيمة التأمين بصرف النظر عما إذا كان المدين موسراً وعما إذا كانت هناك تأمينات أخرى .

ويكون التأمين عديم القيمة ولا يترتب على ضياعه اصابة الكفيل بضرر ، وعدم أحقيته بالتالى فى التمسك ببراءة ذمته قبل الدائن إذا كان هذا الأخير قد تنازل عن رهن ظاهر البطلان ، أو عن رهن متأخر فى المرتبة لا يسعفه أصلاً فى تقاضى حقه ، أو عن حق اختصاص لا تكفل مرتبته الاشتراك فى ثمن العقار ، أو إذا نزل عن امتياز فى مقابل رهن يساويه أو يزيد فى القيمة عليه ، أو إذا قبل ، بدل التنفيذ على المنقول المرهون ، بيعًا وديًا بثمن المثل ، أو نزل عن كفيل معسر ، أو استبدل الكفيل بآخر يماثله فى اليسار . فى هذه الأحوال لا يحق للكفيل أن يدعى ضرراً أصابه بسبب فعل الدائن ، ومن ثم لا يحق له أن يتمسك ببراءة ذمته .

ولا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر التأمين الذى أضاعه الدائن أى بقدر الضرر الذى أصاب الكفيل ، ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر ،

وعليه يقع عبء اثبات هذا الضرر الذى يجب أن يكون محققاً وليس مجرد ضرر محتمل . فإذا نزل الدائن عن رهن على عقار مساو لربع الدين ، فإن ذمة الكفيلة لا تبرأ إلا فى حدود الربع ، وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء الثلاثة المتضامنين، فإن ذمة الكفيلين الآخرين لا تبرأ إلا فى ثلث الالتزام المكفول .

٤- يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع أى ببراءة ذمته :

يجب أن يتمسك الكفيل باضاعة الدائن للتأمينات بخطئه ، والحكم ببراءة ذمة الكفيل نتيجة لذلك لا يقع بقوة القانون لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام ، بل بمصلحة خاصة هى مصلحة الكفيل ، لذا وجب عليه التمسك بهذا الدفع ، ولا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ويجوز للكفيل ابداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا أنه لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، وغالباً ما يتمسك الكفيل ببراءة ذمته فى صورة دفع يدفع به مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين المكفول ، ويجوز له أيضاً أن يرفع دعوى مبتدأة على الدائن ليطالب فيها بانقضاء التزامه بالكفالة .

ولما كان انقضاء التزام الكفيل بناء على خطأ الدائن فى اضاعة التأمين الخاص ، أمر لا يتعلق بالنظام العام ، فإنه يجوز للكفيل أن يتنازل عن التمسك بهذا الدفع لأنه مقرر لمصلحته ، ويجوز التنازل فى أى وقت ، بعد تحقق السبب أو قبله أى بعد اضاعة التأمين أو قبله ، بل أنه يجوز التنازل عن الدفع بداية عند ابرام عقد الكفالة .

ويقع على الكفيل ، وفقاً للمبادئ العامة فى الاثبات ، عبء اثبات توافر الشروط السابقة توصلاً لبراءة ذمته . ويفترض توافر الضرر بمجرد اثبات أن الدائن قد أضاع التأمين بخطئه . ويقع على الدائن عبء اثبات أن التأمين غير ذى قيمة ، وينتفى الضرر بالتبعية لذلك . ويقدر القاضى مدى قيمة التأمين الضائع وكفايته فى الوفاء الكلى بكل الدين أو بجزء منه أو عدم كفايته ، ويحكم بناء على ذلك ببراءة ذمة الكفيل جزئياً أو عدم براءته .

وقضى تطبيقاً لذلك بأن القاضى لا يلتزم ، للحكم ببراءة ذمة الكفيل ، بأن يستعرض الضرر أو الدليل عليه ، ما دام قد أورد فى حكمه ، أن الدائن، وكان البلدية ، هو الذى أضاع الامتياز الخاص المقرر على المبانى ، وعلى أنقاضها بعد ازالتها لدين الضريبة (١) .

الغصن الثانى

عدم اتخاذ الدائن للاجراءات ضد المدين

« لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً (٢) .

إذا لم يقم الدائن باتخاذ اجراءات التنفيذ على المدين ، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة براءة ذمة الكفيل كقاعدة عامة ، إلا أن المشرع أجاز ذلك بشروط معينة .

(أ) لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن اجراءات التنفيذ :

يقرر النص قاعدة عامة فى الشق الأول منه مؤداها أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، لأن للكفيل الحق فى الوفاء بالدين ثم الرجوع على المدين لمجرد حلول الأجل ، حتى لو مد الدائن الأجل له . ولا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تقاعس الدائن ، حتى ولو أعسر المدين بعد أن كان موسراً وقت استحقاق الدين أو وقت حلول الأجل الأصلى ، ولحق الكفيل ضرر كبير عند رجوعه على المدين ، لأن اطالة الأجل أو اهمال المطالبة ليس اضاعة لتأمين خاص كان يمكن أن يحل فيه الكفيل محل الدائن بعد الوفاء له بالدين المكفول .

---

(١) طبقاً للمادة ٢٧ من القانون ١٩٥٤/٥٦ . نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ س٢٠ جـ ٢ ص ١٠٥٠.

(٢) م٧٨٥ مدنى .

وليس أمام الكفيل فى حالة اصابته بضرر ، نتيجة تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ فى الميعاد ، سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب خطأ الدائن طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية المدنية كما رأينا بصدد اضاعة التأمينات[1] .

(ب) امكان الحكم ببراءة ذمة الكفيل:

أجازت الفقرة الثانية للكفيل الحصول على براءة ذمته ، فى حالة تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ على المدين ، بشروط معينة :

١- يجب أن يقوم الكفيل بانذار الدائن بوجوب اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين .

٢- يتم توجيه الانذار عند حلول أجل الدين المكفول ، ولا يعتد بالانذار الذى يوجه إلى الدائن قبل حلول الأجل لأنه لا يجوز المطالبة أو التنفيذ بمقتضى دين مؤجل ، واذن فلكى يقع الانذار صحيحاً أن يكون أجل الدين قد حل .

والمقصود بالأجل هنا هو الأجل الأصلى المحدد لسداد الدين المكفول ، أما الأجل الاضافى الذى يمنحه الدائن للمدين ، بدون موافقة الكفيل ، بعد حلول الأجل الأصلى ، فلا يمنع من صحة الانذار ، لأنه من غير المقبول أن يضار الكفيل بفعل من الدائن . أما إذا كنا بصدد مهلة قضائية أى أجل اضافى حصل عليه المدين عن طريق القضاء ، فإنه لا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انقضاء هذا الأجل لأن الدائن لا يستطيع مباشرة اجراءات التنفيذ على المدين قبل نهايته .

٣- تقاعس الدائن عن اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل له . يوجب المشرع على الدائن البدء فى اتخاد تلك الاجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الانذار إليه . ويتحقق البدء فى

---

(١) ما سبق ص ١٧٧ .

الاجراءات بمباشرة الدائن اجراءات التنفيذ إذا كان بيده سند رسمى بالدين صالح للتنفيذ بمقتضاه ، وبرفع الدعوى لمطالبة المدين قضائياً إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ .

فإذا لم يتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين فى خلال المدة المذكورة ، بعد وصول الانذار ، فإن الكفالة تنقضى وتبرأ ذمة الكفيل دون أن ينقضى الدين المكفول . وهذا الحق مقرر لكل من الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . ويجوز للكفيل التمسك ببراءة ذمته فى صورة دفع أو دعوى مبتدأة .

إلا أنه يجوز للمدين أن يمنع انقضاء الكفالة ، إذا قدم للكفيل ضماناً كافياً ، قبل نهاية الستة أشهر ، ليمكنه استيفاء ما دفعه إذا ما اضطر إلى الوفاء بالدين ، ويقدر قاضى الموضوع ، عند المنازعة ، مدى كفاية هذا الضمان .

ولا يكفى ، لتفادى انقضاء الكفالة ، مجرد قيام الدائن بالبدء فى اجراءات التنفيذ خلال المدة المحددة ، بل يجب عليه السير فى هذه الاجراءات على الوجه المعتاد ، أى أنه يلتزم بالمضى فيها بعناية الرجل العادى ، وإذا تلكأ فى متابعة الاجراءات حتى يعسر المدين أو على نحو يضر بالكفيل ، فإنها تعتبر كأن لم تكن وتبرأ ذمة الكفيل .

الغصن الثالث
عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين

« إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن [(١)] .

يوجب النص على الدائن أن يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ، للحصول

---

(١) م ٧٨٦ مدنى .

على ما يمكن الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقى على الكفيل ، فإذا قصر الدائن فى اتخاذ هذا الاجراء ، وترتب على ذلك ضياع فرصته فى استيفاء حقه أو بعضه ، فهو بذلك يكون قد الحق ضرراً بالكفيل ، ويقدر هذا الضرر بما كان الدائن يستطيع الحصول عليه فى التفليسة (١) . وعلى الدائن فى هذه الحالة أن يتحمل نتيجة تقصيره ، فلا يرجع على الكفيل إلا بالباقى من حقه بعد خصم ما كلن يستطيع الحصول عليه لو أنه تقدم فى التفليسة ، أى أن حقه فى الرجوع على الكفيل يسقط بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن . ويجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى حدود ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين . فإذا كان من شأن تدخل الدائن أن يستوفى نصف دينه برئت ذمة الكفيل بمقدار هذا النصف .

ويأخذ هذا الدفع نفس أحكام الدفوع السابقة من حيث أنه مقرر لكل من الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن ، ويجوز التمسك به فى صورة دفع أو دعوى ، ووجوب التمسك به ، فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ، حيث لا تستطيع المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها ، ويجوز للكفيل التنازل عنه لأنه مقرر لمصلحته الخاصة ، وهو ليس من النظام العام . ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض(٢) .

---

(١) جرى قضاء هذه المحكمة على أن حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد ، وأن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام فى حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون التزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلى أو حتى مجرد اختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين .

النص فى المادة ٧٨٦ من القانون المدنى على أنه « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن » ، مفاده أنه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول ، فإنه يتعين على الدائن أن يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقى عند حلول الأجل على الكفيل ، فإذا قصر الدائن ولم يتقدم فى تفليسة المدين ، فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة . نقض ١٩٩٥/١/١٦ س٤٦ ص ١٧٦ .

(٢) نقض ١٩٥٧/٣/١٧ طعن ١٨٩ س ٤٠ق .

الغصن الرابع
الالتزام بتسليم المستندات للكفيل

« يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع [(١)] .

يقوم الكفيل بعد الوفاء بالدين المكفول ، بالرجوع على المدين بما وفاه للدائن ، ويجب على هذا الأخير أن يسلمه وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، لأن الكفيل يستطيع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أى أنه يحل محل الدائن في حقوقه .

وأهم المستندات الواجب تسليمها ، سند الدين المكفول الموجود في يد الدائن ، ومخالصة من الدائن تفيد استيفائه للدين من الكفيل ، حتى يستطيع هذه الأخير الرجوع على المدين بموجبها .

وإذا امتنع الدائن عن تسليم المستندات ، كان من حق الكفيل أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه لأن مسلك الدائن ينطوى على اضعاف حق الكفيل في الرجوع على المدين واسترداد ما سيوفيه للدائن . وفي حالة قيام النزاع بصدد أى من الطرفين يبدأ بتنفيذ التزامه ، كان باستطاعة الكفيل ، درءاً للشبهة حول تفسير مسلكه ، أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة ، ويستطيع بعد هذا الايداع القضائى أن يرجع على المدين بعد الحصول على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة .

الغصن الخامس
الالتزام بنقل التأمينات

«إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس » وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل ، أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن

---

(١) م ٧٨٧ مدنى .

الدائن يلتزم بأن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بهـا على المدين »[1] .

يوجب النص على الدائن أن ينقل إلى الكفيل التأمينات التى تضمن الوفاء بالدين ، وذلك حتى يتمكن من الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، أى أنه سيحل محل الدائن فى هذه التأمينات التى تضمن له استيفاء ما قام بوفائه للدائن . فالمشرع يقرر للكفيل حق الاستفادة من نفس الضمانات التى كانت مقررة للدائن وذلك لضمان استيفاء حقه قبل المدين.

لذا وجب على الدائن القيام بنقل هذه الضمانات للكفيل بعد أن يستوفى حقه منه ، ويتم النقل من خلال اتخاذ الاجراءات التى تتفق وطبيعة الضمان . فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عن حيازته للكفيل ، أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى (رهن رسمى أو حق اختصاص) ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، كالتأشير بذلك على هامش القيد مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص . ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين بعد ذلك .

وإذا تقاعس الدائن عن القيام بذلك ، كان من حق الكفيل الامتناع عن الوفاء بالالتزام المكفول .

المبحث الثانى

العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا وفى الكفيل الدين للدائن ، فله الرجوع على المدين بما وفاه ، وللكفيل فى هذا الرجوع ، الدعوى الشخصية الناشئة عن هذا الوفاء ، ودعوى الحلول لأنه يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين الأصلى ، هذا بالاضافة إلى دعوى المطالبة على أساس الاثراء بلا سبب [2] .

---

(١) م ٧٨٧ /٢ مدنى .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى فى ظل القانون المدنى القديم بأن حق الكفيل الذى يضمن أحد =

وقد لا تقتصر الكفالة على مدين واحد ، بل تمتد لتشمل علة مدينين متضامنين ، وقد يكون هناك أكثر من كفيل آخر ، هنا تتشابك العلاقات وتتعدد . تنقضى الكفالة عندما ينفذ الكفيل التزامه بالوفاء بالدين المضمون ، ولكن يترتب على هذا الوفاء ميلاد التزامات جديدة على عاتق المدين أو الدائنين ، والكفلاء الآخرين . تنقضى علاقة الكفيل بالدائن ، وتنشأ علاقات جديدة بين الكفيل والمدين من خلال الدعاوى السابقة ، وبينه وبين باقى الدائنين ، وبينه وبين الكفلاء الآخرين ، ونعرض لتلك العلاقات بالترتيب فى الفروع التالية .

المطلب الأول
رجوع الكفيل على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب

يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقاً للمبادئ

= المدينين المتضامنين فى مطالبة هذا المدين بما دفعه عنه وفى مطالبة باقى المدينين يكون إما بدعوى الاثراء على حساب الغير أو بأن يستعمل باسم مكفولة حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له الرجوع به عليهم .

إذا كان الثابت من نصوص عقد الاجارة والحرر المثبت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الأخر المتضامن معه قدم رهناً عقارياً عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين ، الشخصى والعينى ، فإن التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول وبقدر ما هو ملزم به .. فإذا جعلتها المحكمة متعدية إلى الشريك فى الاجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفولة ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى . وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين .

(الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم، وذلك عملاً بالمادة ١٤١ من القانون المدنى .

و(الثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الاثراء على حساب الغير عملاً بالمادة ١٤٤ . (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٧) .

العامة التى يقننها المشرع أخذاً عن أحكام الشريعة الاسلامية التى تقر مبدأ الالتزام برد الاثراء وعدم جواز كسب أى حق دون سبب شرعى ، وأن كل كسب غير مبرر بحكم القانون يكون كسباً غير مستحق ، وغير مشروع وواجب الرد . ونكتفى هنا بذكر النص ونحيل بصدد الموضوع إلى الأحكام الواردة فى النظرية العامة للالتزام (١).

« إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفعه . ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (٢) .

يعتبر وفاء الكفيل بدين المدين من قبيل الاثراء حيث تنقص ديون المثرى وقد تحقق هذا الاثراء على حساب افتقار الكفيل الذى دفع الدين ، ويجب لقيام الاثراء أن يكون الدين الذى تم الوفاء به قائماً وصحيحاً وحالاً وواجب الوفاء به ، وألا يكون المدين قد اعترض على هذا الوفاء .

ويجب أن يكون الاثراء بلا سبب ، أما فى حالة الكفالة فإن ما يدفعه الكفيل يكون سببه التزامه بعقد الكفالة ومن ثم لا يكون أمام الكفيل سوى الرجوع على الدائن بدفع غير المستحق .

ومن جهة أخرى فإن التزام الكفيل يقوم فى الأصل على أساس نية التبرع ، ومن ثم فإن وفاءه بالدين يستند إلى ذلك ، ويعد هذا الوفاء سبباً شرعياً يحول دون المطالبة برده استناداً إلى دعوى الاثراء . لذا فإن هذه الدعوى لا تسعف الكفيل فى الرجوع على المدين بما وفاه ، ومن ثم فإنه يلجأ عادة إلى احدى الدعويين : الكفالة أو الحلول .

---

(١) انظر مؤلفنا السابق .

(٢) م ٣٢٤ مدنى .

المطلب الثانى
رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية
(دعوى الكفالة)

« ١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه . ٢- فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

« ١- إن للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ٢- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده . ٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع [١] » .

الفرع الأول
الأساس القانونى للدعوى

يذهب الفقه التقليدى إلى تأسيس هذه الدعوى بحسب ظروف انعقادها، فإذا انعقدت الكفالة بعلم المدين ، فإن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة ، حيث يعتبر الكفيل وكيلاً عن المدين فى الوفاء بالدين ، وقد تكون الوكالة صريحة ، وقد تكون ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة ضمناً أى سكت ولم يعارضها. ويترتب على ذلك أن الكفيل يرجع على المدين بما يرجع به الوكيل على الموكل لأن المدين سبق أن وكله فى كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفعه هو .

---

(١) م ٧٩٨ ، ٨٠٠ مدنى .

أما إذا عقدت الكفالة دون علم المدين أو رغم معارضته ، فإن الكفيل يكون فضوليًا ، ويستطيع الرجوع على المدين بما وفاه للدائن بموجب دعوى الفضالة وطبقًا لأحكامها ، أى أن الكفيل يرجع على المدين بما يرجع به الفضولى على صاحب العمل .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن الدعوى الشخصية التى يستند إليها الكفيل ليست سوى دعوى ناشئة عن عقد الكفالة كأية دعوى ناشئة عن عقد آخر ، وهى دعوى مستقلة ومتميزة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها عن كل من دعوى الوكالة ودعوى الحلول ، وتسمى بدعوى الكفالة ، حقًا أن هذه الدعاوى فى مجموعها تعتبر دعاوى شخصية وليست عينية كما فى الرجوع بدعوى الحلول ، وتستند إلى أساس واحد هو الاثراء بلا سبب ، ومن ثم تتشابه أحكامها فى القواعد العامة ، إلا أن هذا التشابه لا يمنع استقلال كل دعوى من هذه الدعاوى وتميزها بأحكامها الخاصة بها .

فالكفالة تختلف عن الوكالة لأن المدين عندما يطلب من الكفيل كفالته أو يقبل ذلك لا يقصد بذلك توكيله فى الوفاء نيابة عنه ، ولا يمكن اعتبار الكفيل وكيلاً عن المدين وإلا جاز للكفيل أن يتنازل عن الكفالة فى أى وقت يشاء وليس عليه إلا أن يخطر الدائن بذلك ، وجاز للمدين أن يعزل الكفيل من الوكالة فى أى وقت شاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ، وتلك الأحكام لم يقل بها أحد [1].

ومن ناحية أخرى لا يمكن اعتبار الكفيل فضوليًا لأن من أهم شروط الفضالة توافر صفة الاستعجال فى العمل الذى يقوم به الفضولى ، وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمرًا عاجلاً . أضف إلى ذلك أن الفضولى يقوم بعمل لا يلتزم بالقيام به ، بينما الكفيل يقوم بالوفاء بالدين تنفيذًا لالتزامه الناشئ عن عقد الكفالة .

---

(١) السنهورى ص ١٥٧ .

الفرع الثانى
شروط دعوى الكفالة

يلزم لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة توافر شروط معينة هى :

أولاً: أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته :

يجمع الفقه على أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التى تنعقد فيها الكفالة دون معارضة المدين ، سواء كانت بعلم المدين أم بغير علمه. وذلك على أساس أن الكفالة تحقق فى الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معًا ، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه ، فيقبل على التعامل معه ويمنحه الائتمان . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى أو المتضامن، الكفيل المأجور أو المتبرع ، الكفيل الشخصى أو العينى ، فيحق لكل منهم الرجوع بدعوى الكفالة ، طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين ، وكانت تحقق مصلحة المدين أو مصلحة المدين والدائن معاً .

ويمكن أن تنعقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين ، أو لمصلحة الدائن وحده دون مصلحة المدين (١) ، كما لو أبرمت بعد نشوء الدين وقبل حلول

---

(١) مثال ذلك كفالة المتبوع للتابع المقررة قانوناً لمصلحة الدائن المضرور .

١–من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد. ومن ثم فإن للمتبوع الحق فى أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور ، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسؤول عنه وليس مسؤولاً معه ، وهذه القاعدة هى التى قننها المشرع فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر . ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه.

٢– مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع وذلك أخذاً بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من =

أجله بقصد خدمة الدائن دون أن يفيد المدين من تقديمها أية فائدة. ليس

= القانون المدني من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين . وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقي المدينين . فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي أثر بالنسبة إلى هذا المدين .

٣- للمتبوع - وهو في حكم الكفيل المتضامن -عند وفائه بالتعويض إلى الدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقًا للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزمًا بوفاء الدين عن المدين . وإذ كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن ، فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى بالتعويض عنه للمضرور بانقضاء حق الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع المطعون ضده لا يقطع التقادم بالنسبة إلى التابع الطاعن والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما حق الدائن الأصلي (المضرور) فيه الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حيث يوفي التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع .

٤- يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء كان أساسها الاثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي وفاه عنه بالدعوى الشخصية التي للكفيل قبل المدين والمقررة في المادة ٨٠٠ من القانون المدني وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعة هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده (نقض ١٩٩٥/١/٥ طعن ٣٥٣٥ س ٥٨ق) .

للكفيل فى هذه الحالة أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ويقتصر حقه فى الرجوع عليه بدعوى الحلول ، لأن الدعوى الشخصية دعوى خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين ، أما إذا تقدم الكفيل لكفالة المدين رغم معارضته ولتحقيق مصلحة الدائن ، فإنه يقصد أن يقتصر ، فى رجوعه عليه ، على الحلول محل الدائن فى حقوقه .

ويجيز الفقه ، فى هاتين الحالتين ، للكفيل ، بالاضافة إلى دعوى الحلول ، الحق فى الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة .

ثانياً : قيام الكفيل بالوفاء للدائن :

يجب ، لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ، أن يقوم بوفاء الدين المكفول ، والوفاء قد يتم بتقديم الشئ المستحق أصلاً ، أو القيام بما يقوم مقامه ، أى قضاء الدين بطريق مشابه بشرط أن يؤدى إلى براءة ذمة المدين، فقد يفى الكفيل الدين بمقابل ، أو بالمقاصة مع حق للكفيل ، أو بالاتفاق مع الدائن على تجديد الدين على نحو يصبح الكفيل مديناً أصلياً مع ابراء المدين ، وقد يقضى الكفيل الدين باتحاد الذمة .

فإذا قام الكفيل بالوفاء بكل الدين رجع به على المدين ، ويجوز للكفيل، إذا لم يف إلا بجزء من الدين ، أن يرجع على المدين بما وفاه للدائن ، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين ، أو قبل الدائن منه وفاء جزئيًا . وهنا تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التى يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كلياً . ويستطيع الدائن أن يرجع فى الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه ، وإذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن ، فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء ، أى أن الدائن لا يتقدم على الكفيل فى استيفاء الباقى من أموال المدين كما هو الحال فى دعوى الحلول .

ثالثاً : وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله :

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله ، فإذا قام

بالوفاء قبل الميعاد ، لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل ، ويفقد حقه فى الرجوع عليه إذا انقضى الدين لسبب ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل .

والأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلى للدين ، فإذا امتد هذا الأجل بالاتفاق أو بناء على حكم المحكمة (نظرة الميسرة) ، فإن هذا الأجل الاضافى لا يقيد الكفيل ، ويستطيع الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلى ، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الاضافى . وإذا نزل المدين عن الأجل الأصلى ، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ، وله أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إذا قام بوفاء الدين فوراً .

رابعاً : ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل :

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن ، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين . أما إذا كان الوفاء قد تم بخطأ الكفيل لأن هذا الوفاء لم يكن واجباً بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً ، فإنه لا وجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه .

لذا أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين ، قبل الوفاء بالدين ، بعزمه على الوفاء به ، فقد تكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وتجعله غير واجب ، وعليه ، فإن على المدين أن يبدى اعتراضه على عزم الكفيل على الوفاء خلال مدة معقولة ، وأن يتضمن هذا الاعتراض الأسباب الجدية التى تمنع الوفاء بالدين ، كوجود أسباب تبطل الدين أو تقضيه من غير الوفاء به . ولا يوجد شكل خاص لاخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، أو الاعتراض عليه، فيمكن أن يتم كل منهما ، بورقة رسمية على يد محضر أو ورقة عرفية بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويجوز أن يكون شفاهة . ويقع عبء اثبات الاخطار على الكفيل ، واثبات الاعتراض على المدين وفقاً للقواعد العامة فى الاثبات .

فإذا قام الكفيل بالوفاء دون اخطار المدين ، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء ، بحيث إذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم يفده أصلاً ، كما لو كان قد وفى بالدين ، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو

انقضائه ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين بشئ بما وفاه ، ويتحمل هو ، مسؤولية وفائه الخاطئ . وإذا أثبت المدين أن وفاء الكفيل قد أفاده جزئياً ، لأنه قد أوفى بجزء من الدين ، ومع ذلك قام الكفيل بوفاء كل الدين ، فإن حق الكفيل فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية يقتصر على القدر الذى أفاد المدين وهو الجزء الذى لم يكن تم الوفاء به . خلاصة القول أن عدم الاخطار لا يفقد الكفيل حقه فى الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لاستيفاء ما دفعه للدائن ، ولكن هذا الرجوع لا يكون إلا بالقدر الذى استفاد به المدين من هذا الوفاء . وعلى ذلك فقد يجد الكفيل نفسه محرومًا من الرجوع كليًا أو جزئيًا على المدين وذلك بسبب ما ينسب إليه من خطأ وتقصير ، فالحرمان من الرجوع يعد صورة لتعويض المدين عن الضرر الذى حل به بسبب الوفاء الخاطئ للدين .

وإذا قام الكفيل باخطار المدين ، ورد عليه المدين طالبًا منه عدم الوفاء مبدياً الأسباب التى تبرر الامتناع عن هذا الوفاء ، كان على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء . فإذا اتخذ الدائن اجراءات المطالبة القضائية فى مواجهته ، كان عليه أن يدخل المدين فى الدعوى ليبدى فيها ما له من دفوع . وقد يرى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين ، ويقوم بالوفاء على مسؤوليته ، فإذا ثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات ، لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع دون حق .

أما إذا لم يرد المدين على اخطار الكفيل ، أو تراخى فى هذا الرد ، كان الكفيل فى حل من وفاء الدين للدائن ، ولا يمكن أن ينسب إليه تقصير إذا وفى بحق الدائن ، ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين لاسترداد ما وفاه ، حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضى ببطلانه أو انقضائه ، فلا يستطيع المدين أن يحتج بأن وفاء الكفيل لم يكن واجباً أو أن لديه دفوعاً يرد بها مطالبة الدائن ، ويتحمل تبعة تقصيره ، ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما أداه .

الفرع الثالث
موضوع دعوى الكفالة

نقصد بموضوع دعوى الكفالة ما يرجع به الكفيل على المدين إذا استخدم هذه الدعوى في رجوعه عليه بعد الوفاء بالدين ، يرجع الكفيل بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات [1] . ويمكن تحديد عناصر ما يرجع به الكفيل على المدين فيما يلي :

١- أصل الدين : ويتمثل فى كل المبالغ التى يدفعها الكفيل للدائن لابراء ذمة المدين ، وتتضمن الدين المكفول ، والمصروفات التى ينفقها الدائن فى سبيل الحصول على حقه والتى دفعها الكفيل له .

٢- الفوائد : يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، أى أنه خروجاً على القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن الكفيل يستحق الفوائد من يوم الدفع كما هو الحال بالنسبة للوكالة والفضالة .

٣- المصروفات : وتشمل نوعين من المصروفات : الأول ، المصروفات التى ينفقها الدائن فى رجوعه على المدين كمصروفات التنبيه ورفع الدعوى . ويدفع الكفيل هذه المصروفات إلى الدائن باعتبارها داخلة فى أصل الدين . الثانى ، المصروفات التى ينفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه ، كمصروفات الارشاد عن أموال المدين حيث يدفع بتجريدها ، ومصروفات العرض الحقيقى والايداع إذا اضطر إليه .

ويدخل فى ذلك مصروفات الاجراءات التى أنفقها الدائن فى رجوعه على الكفيل ، واستيفاء حقه منه ، ويؤدى الكفيل هذه المصروفات مع أصل الدين وملحقاته ، ولكن الكفيل ، لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، إلا بالذى أنفقه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى

---

(١) م ٢/٨٠٠ مدنى .

اتخذت ضده ، لأن المدين ، قد يسارع ، عقب اخطاره بها ، إلى الوفاء بالتزامه ، فيتجنب الكفيل بذلك الاجراءات التى اتخذها الدائن ضده .
ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأول التى يقوم بها الدائن للكفيل ، كمصروفات رفع الدعوى عليه ، فهذه المصروفات يستطيع الكفيل الرجوع بها على المدين لأنها تنفق قبل أن يعلم بها أى قبل أن يصل إليه أى اجراء يوجب عليه اخطار المدين ، ولا يتسنى له ، بداهة ، اخبار المدين مقدماً بها .

٤- التعويض : تعتبر الفوائد التى يلتزم المدين بدفعها للكفيل تعويضاً قانونياً ، ولكن هل يجوز للكفيل أن يطالب بتعويض اضافى عن الضرر الذى يلحقه نتيجة الكفالة ؟ بعبارة أخرى هل يكون للكفيل المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير العادية التى تنتج عن الوفاء بالتزامه ؟ كما لو اضطر إلى بيع أمواله بثمن بخس بعد التنفيذ عليها جبراً ، أو ترتب على اجراءات الدائن ضده شهر افلاسه ، أو تعطلت أمواله فى التجارة بسبب ما دفعه للدائن أو بسبب الحجز على أرصدته فى المصارف.

يجمع الفقه على أحقية الكفيل فى الحصول على تعويض ، إلا أن البعض يقرر هذا الحق بغض النظر عن سوء أو حسن نية المدين ، أى أن الكفيل يستطيع الرجوع بالتعويض على المدين عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه ، وذلك قياساً على حق الوكيل أو الفضولى حيث يثبت لهما الحق فى التعويض دون اشتراط توافر الخطأ فى جانب الموكل أو صاحب العمل .

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى رفض القياس على النصوص الخاصة بالوكيل والفضولى لأنها وردت على سبيل الاستثناء على المبادئ العامة التى تقضى بوجوب توافر الخطأ حتى يمكن تعويض الضرر الناجم عنه .

ويجب الرجوع إلى القواعد العامة فى هذا الصدد . فقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصًا يجيز للكفيل أن يرجع بالتعويض التكميلى على المدين إذا تجاوز الضرر الذى لحق به الفوائد القانونية ، إلا أن هذا النص حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وتقضى هذه القواعد بأنه

يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية [1] .

وتطبيقًا لذلك النص فإن الكفيل يستطيع مطالبة المدين بالتعويض عن الأضرار التى تزيد عن الفوائد القانونية ، إذا كان المدين قد تسبب فى هذه الأضرار غير العادية بسوء نية . ويقع على الكفيل عبء اثبات سوء نية المدين، كما لو كان فى وسعه أن يفى بالدين ، إلا أنه قام بتهريب أمواله ، مما دفع الدائن إلى الحجز على أموال الكفيل وتجميد أرصدته فى المصارف للتنفيذ عليها ، وترتب على ذلك تعطيل أعماله والاساءة إلى سمعته التجارية .

المطلب الثالث
رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

يجوز للكفيل ، طبقًا للقواعد العامة، إذا قام بوفاء الدين المكفول ، أن يحل محل الدائن فى الرجوع على المدين . فمن المقرر أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه .

وتطبيقًا لذلك المبدأ العام إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين [2] .

---

(١) م ٢٣١ مدنى .

(٢) م ٣٢٦ ، ٧٩٩ مدنى .

الفرع الأول
شروط دعوى الحلول

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين :

يستطيع الكفيل الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، إذا قام بوفاء الدين . ويثبت الحق فى هذه الدعوى لكل كفيل سواء كان متضامناً أم عاديًا ، شخصيًا أم عينيًا ، مأجوراً أو متبرعًا ، ويستوى أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته وذلك على نقيض دعوى الكفالة .

٢- أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل :

فإذا قام الكفيل بوفاء الدين قبل حلول الأجل الأصلى ، بدون موافقة المدين ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل ووفاء الكفيل للدين قبل موعده يمكن أن يعرضه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين .

ولا يشترط ، فى دعوى الحلول ، اخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء ، كما هو الحال فى دعوى الكفالة .

الفرع الثانى
موضوع دعوى الحلول

يحل الكفيل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قِبل المدين ، أى أن الحلول يكون فى ذات الحق الذى كان له بما له خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يتبعه من تأمينات وما يلحقه من دفوع . ويمكن استخلاص العناصر التى تشكل موضوع هذه الدعوى بين المبادئ العامة فيما يلى:

١- يحل الكفيل محل الدائن في الحق الذى كان له قبل المدين ، لأنه قام بالوفاء بهذا الحق للدائن . أى أن الكفيل يحل محل الدائن فى حدود القدر الذى أداه له من ماله . فإذا لم يدفع الكفيل سوى جزء من الدين لأن الدائن تنازل عن الجزء الآخر ، فإن الكفيل لا يحل محل الدائن إلا بالقدر الذى وفاه وليس بالدين المكفول كله . وعلى هذا فإن الموضوع الأصلى لدعوى الحلول هو أصل الدين الذى تم دفعه لبراءة ذمة المدين . ويدخل فى ذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين .

ومن البديهى أن الدين الذى وفاه الكفيل يجب أن يكون قائمًا ، فإذا كان قد زال أو انقضى ، فلا يكون للكفيل الذى وفى هذا الدين الغير موجود ، أن يرجع على المدين ، وله أن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفعه إليه طبقًا لقواعد رد غير المستحق (١) .

٢- يحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما له من خصائص ، سواء نشأت من اتفاق الدائن والمدين ، أم نص عليها القانون . فإذا كان الدين تجاريًا ، فإنه ينتقل إلى الكفيل بنفس الصفة ، بكل ما تستتبعه هذه الصفة من نتائج من حيث الاختصاص وسعر الفائدة والاثبات ، ويكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق على اختصاصها بين الدائن والمدين(٢) . ويخضع حق الكفيل لنوع التقادم الذى كان يخضع له حق

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٩٥ .

(٢) إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين - حلولاً مستمدًا من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستندًا إلى المادتين ٣٢٦ /١ و ٣٢٩ من القانون المدنى اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى إستوفى حقه إذا كان الموفى ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه وأن من حل قانونًا أو اتفاقًا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . وكان القرض - المكفول - عملاً تجاريًا بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلى فيه بما له من خصائص ومن صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه =

الدائن ، فالحقان من هذه الناحية عبارة عن شئ واحد ، ولا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين قبل حلول الأجل المحدد للوفاء بالدين ، سواء أكان هذا الأجل اتفاقياً أم قضائياً (نظرة ميسرة) .

٣- يرجع الكفيل على المدين بأصل الدين وتوابعه ، فإذا كان الدين ينتج فوائد بسعر معين ، فإن للكفيل الحق فى تقاضى هذه الفوائد بنفس السعر ، أما إذا لم يكن الدين منتجاً للفوائد ، فلا يستحق الكفيل شيئاً منها غير ما تعطيه له القواعد العامة من فوائد قانونية تبدأ من وقت المطالبة القضائية. ويكون للكفيل الاستفاده مما يكون الدائن قد اشترطه على المدين من شرط جزائى . ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل ، ويكون لهذا الأخير الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من الدائن .

٤- ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما له من ضمانات سواء أكانت سابقة فى وجودها على الكفالة أو معاصرة لها أو لاحقة عليها . ومن ثم ينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يضمن هذا الحق من تأمينات عينية كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويتم حلول الكفيل محل الدائن فى هذه التأمينات بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق بينهما على ذلك ، وللكفيل أن يفيد من التأمين العينى بمرتبته ، ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته اضراراً بحق الكفيل الذى حل محله . ولكن يشترط استيفاء الاجراءات التى تلزم لنقل هذه التأمينات إلى الكفيل ، كالتخلى عن حيازة المنقول المرهون أو المحبوس . واجراءات القيد فى السجل العقارى بالنسبة لنقل التأمينات الواردة على العقار .

وقد يكون الحق مضموناً بتأمين شخصى كالكفالة ، أو تعدد المدينين المتضامنين ، ويستطيع الكفيل الموفى أن يعتمد على هذه التأمينات الشخصية

= على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها . (الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ س ١٩ ص ١١٦) .

لضمان رجوعه على المدين . طبقًا لقواعد رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين أو المدينين المتضامنين كما سنرى .

٥- ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه وما يتصل به من دفوع . فيستطيع المدين أن يدفع رجوع الكفيل بكل ما كان يستطيع دفع رجوع الدائن به ، كالدفع ببطلان الالتزام ، أو إبطاله أو انقضائه لأى سبب من الأسباب [١] ، ويجوز للمدين كذلك أن يدفع بأن الحق معلق على شرط واقف أو فاسخ ، أو مضاف إلى أجل .

الفرع الثالث
موازنة بين دعوى الحلول ودعوى الكفالة

يمكن اجمال أهم الفروق بين الدعويين فيما يلى :

١- تقتصر دعوى الكفالة على الكفالة التى تتم بعلم المدين ودون معارضة منه ، وأن تكون قد تمت لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معًا ، أما دعوى الحلول فتكون فى جميع حالات الكفالة ، ولو تمت بغير رضاء المدين ولمصلحة الدائن وحده .

٢- يشترط فى دعوى الكفالة أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء بالدين المكفول ، بعزمه على الوفاء ، ولا يشترط ذلك بصدد دعوى الحلول .

---

(١) للمدين فى حالة رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلول القانونى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن بما فى ذلك الدفع بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى القائم لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، ومن ثم للمطعون ضده (التابع) أن يتمسك قبل الطاعنة (المتبوع) بهذا التقادم متى انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم الذى استحدث هذا التقادم دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع كما لا يعتبر الحكم الذى يصدر فى تلك الدعوى حجة عليه إذا لم يختصم فيها (الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س ١٩ ص ٣٢٧) .

٣- إذا قام الكفيل بالوفاء بجزء من الدين ، فإنه يرجع على المدين بالقدر الذى وفاه فقط ، وفى نفس الوقت يرجع الدائن على المدين بما تبقى له أى بالجزء الذى لم يستوفيه بعد . ولا تثور مشكلة إذا كانت أموال المدين تكفى لسداد الاثنين معًا . أما إذا كانت الأموال غير كافية ، فلا مفر من التزاحم بينهما .

فبالنسبة لدعوى الحلول ، يتقدم الدائن على الكفيل فى استيفاء الباقى من حقه من أموال المدين ، أى أن للدائن حق التقدم لاقتضاء حقه كاملاً ، حتى ولو لم يبق للكفيل شئ ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك ، لأننا بصدد حق خاص للدائن يستطيع التنازل عنه .

ويلاحظ أن المفاضلة السابقة تكون بين الكفيل الموفى ، والدائن ، أما إذا كان الدائن قد استوفى باقى حقه من كفيل آخر ، ورجع الكفيلان فى نفس الوقت بدعوى الحلول على المدين ، وقام التزاحم بينهما بشأن استرداد كل منهما للجزء الذى دفعه للدائن من الدين ، فإن كل منهما يكون فى نفس المرتبة ، ويتقاسما مال المدين بينهما قسمة غرماء .

أما بالنسبة للدعوى الشخصية ، فإنه فى حالة التزاحم بين الكفيل الموفى والدائن ، يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء . فالدائن لا يتقدم على الكفيل استيفاء لما تبقى من حقه ، بل يقاسمه فى أموال المدين قسمة غرماء ، هذا إلا إذا كانت الكفالة عن كل الدين ، حيث يستطيع الدائن أن يحجز على ما يصيب الكفيل من أموال المدين ويستوفى منها كل حقه ، وقد لا يتبقى شيئًا للكفيل فى هذه الحالة .

٤- يحل الكفيل ، فى دعوى الحلول ، محل الدائن فى حقه قبل المدين ، بما لهذا الحق من صفات وتوابع وتأمينات ودفوع ، أما بالنسبة للدعوى الشخصية ، فإن الكفيل يرجع بكل ما أداه لاخلاء ذمته وبالمصروفات التى أنفقها ، وما حكم عليه من مصروفات ، وبالتعويض ، وبالفوائد القانونية ، بينما لا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول بشىء من ذلك ، لا بالفوائد القانونية ، ولا بالمصروفات ولا بالتعويض .

المطلب الرابع
رجوع الكفيل عند تعدد المدينين

يمكن أن يكفل الشخص عدة مدينين بنفس الدين ، هؤلاء المدينون قد يكون بينهم تضامن وقد لا يكون ، فكيف يرجع عليهم الكفيل بعد وفائه بالدين للدائن .

الفرع الأول
تعدد المدينين مع عدم تضامنهم

إذا وفى الكفيل بالدين المكفول ، فإنه يستطيع الرجوع على المدينين به ، ويتحدد هذا الرجوع طبقاً لما إذا كان قد كفلهم جميعاً ، أو كفل بعضهم دون البعض الآخر .

(أ) إذا كان الكفيل قد كفلهم جميعاً ؛ كان له ، بعد الوفاء ، أن يرجع عليهم جميعاً ، أو بمعنى أدق على كل منهم بنسبة نصيبه . وله أن يستخدم فى هذا الرجوع كل الوسائل التى يستخدمها الكفيل فى الرجوع على المدين أى دعوى الكفالة ، أو دعوى الحلول ، أو دعوى المطالبة بالاثراء . ويفترض ذلك بطبيعة الحال عدم وجود ما يحول دون تقسيم الدين فيما بينهم [1] .

(ب) إذا كان الكفيل قد كفل البعض دون الآخر ، فإنه لا يسأل فى مواجهة الدائن إلا عن نصيب من كفلهم من الدين . فإذا وفى بدين من كفلهم ، فإنه يرجع عليهم وحدهم بما وفاه كل بقدر نصيبه ، وهو فى رجوعه يمكن أن يستخدم احدى الدعاوى الثلاث .

وإذا وفى الكفيل بما يجاوز نصيب من كفلهم ، فإن ذلك يؤدى إلى براءة المدينين غير المكفولين بما يساوى هذه الزيادة ، ويستطيع الكفيل أن

---

(١) كما لو كان الالتزام غير قابل للانقسام .

يرجع عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب بمقدار الزيادة . وليس له الرجوع عليهم بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول لأنه لم يكن كفيلاً لهم .

الفرع الثانى
تعدد المدينين وتضامنهم

إذا تعدد المدينون فى دين واحد ، وكانوا متضامنين فيما بينهم ، فإن رجوع الكفيل عليهم بما وفاه لدائنهم يتوقف على ما إذا الكفيل قد كفلهم جميعاً أو كفل بعضهم فقط .

(أ) كفالة الكفيل لجميع المدينين المتضامنين :

إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين [1] .

فإذا كان هناك مدينون متضامنون فى نفس الدين ، فللكفيل الذى كفلهم جميعاً ، وقام بالوفاء بالدين المكفول للدائن ، أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين لأنه كفل كلاً منهم فى جميع الدين ، كما لو كان منفرداً ، ويكون رجوعه فى هذا الصدد ، إما بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول أو على أساس الاثراء .

(ب) كفالة الكفيل لبعض المدينين المتضامنين :

إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن ، فإنه يستطيع الرجوع على أى ممن كفلهم بكل ما وفاه لأن كل مدين متضامن يلتزم بكل الدين وليس بقدر حصته فقط ، وللدائن الحق فى أن يطالب أى منهم بالدين كاملاً ، وعلى هذا يجوز للكفيل أن يرجع على أى المدينين الذين كفلهم بكل الدين ، ويكون هذا الرجوع بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول .

---

(١) م ٨٠١ مدنى .

إلا أن التساؤل يثور حول مدى أحقيته فى الرجوع على المدينين الذين لا يكفلهم . يتفق الرأى على جواز رجوع الكفيل على من لم يكفلهم ، إلا أن الاختلاف قد ثار فيما بين الفقهاء حول وسيلة الرجوع :

١-بالنسبة لدعوى الكفالة ، لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذى لم يكفله بدعوى الكفالة لأن هذه الدعوى قاصرة على الكفيل فى رجوعه على من كفل ، والفرض أن الكفيل هنا يرجع على غير من كفلهم من المدينين .

٢- يستطيع الكفيل الرجوع على كل منهم بدعوى الاثراء بلا سبب ، وذلك فى حدود ما أثرى به ويكون ذلك بقدر حصته فى الدين ، ونصيبه فى حصة من أعسر من المدينين .

- يستطيع الكفيل كذلك أن يرجع بنفس هذا القدر (حصته فى الدين، ونصيبه فى حصة من أعسر من المدينين) بالدعوى غير المباشرة على المدين الذى لم يكفله . فالكفيل يرجع على المدين بدعوى مدينه الذى ضمنه ، ذلك أن وفاء الكفيل بالدين يترتب عليه براءة ذمة المدين الذى ضمنه ، وسائر المدينين المتضامنين ، ويصبح الكفيل بذلك دائناً للمدين الذى ضمنه ، ويحق لهذا الأخير الرجوع على المدين المتضامن معه بحصته ، ومن ثم يكون للكفيل ، بوصفه دائناً لمن كفله ، أن يستعمل حقوق المدين المكفول ، فى مواجهة المدين غير المكفول .

٣- بالنسبة لدعوى الحلول ، يجمع الفقه على أحقية الكفيل فى الرجوع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين ، حتى بالنسبة للمدينين غير المكفولين ، وذلك على أساس أن الكفيل يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ، والدائن كان له الحق فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين ، سواء كانوا مكفولين أم لا .

ويذهب البعض إلى القول بأن رجوع الكفيل على المدين المتضامن غير المكفول يكون بقدر حصته فقط ، ولكن الرأى الغالب يذهب إلى أنه يحق للكفيل أن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين حتى الذى لم

يكفله منهم . وعلى ذلك يكون الحكم واحداً بالنسبة للكفيل الذى يضمن جميع المدينين المتضامنين والكفيل الذى يضمن بعضهم فقط ، ففى الحالتين ، يستطيع الكفيل أن يرجع بدعوى الحلول (أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق) على أى من المدينين المتضامنين حتى من لم يكفله منهم ، بكل الدين .

المطلب الخامس
رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين

إذا وجد أكثر من كفيل لنفس الدين ، وقام أحدهم بالوفاء به ، فإن هذا الوفاء يؤدى إلى براءة ذمته وذمة سائر الكفلاء الآخرين فى مواجهة الدائن ، ويستطيع الكفيل الموفى أن يرجع بما وفاه على المدين كما رأينا ، وله أيضاً أن يرجع على سائر الكفلاء الآخرين بحصصهم فى الدين المكفول . وتختلف قواعد هذا الرجوع بحسب قيام التضامن بين الكفلاء من عدمه ، وبحسب ما إذا كانت كفالتهم قد تمت بعقد واحد أم بعقود متعددة ، وبحسب ما إذا كان الكفيل شخصياً أم عينياً .

(أ) تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم:

« إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . ٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم [(١)] .

مؤدى ذلك أنه إذا وجد أكثر من كفيل لنفس الدين ، وكانوا جميعاً قد التزموا بكفالة هذا الدين بعقد واحد دون أن يشترط التضامن بينهم ، فإن

---

(١) م ٧٩٢ مدنى .

J. Mestre, Droit special des sûretés réelles, n. 517.

الدين ينقسم بينهم لأن كل كفيل يكون قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، ويكون كل كفيل مسؤولاً عن نصيبه فقط من الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب أيًا منهم بأكثر من حصته فى الضمان .

فإذا وفى أحد الكفلاء حصته فى الدين برئت ذمته وحده ، لذا لا يستطيع الرجوع على باقى الكفلاء الآخرين لأنه لم يف بأنصبائهم فى الدين، ويستطيع أن يرجع على المدين بمقدار ما وفى عنه من الدين ، وله أن يستخدم فى هذا الرجوع أما دعوى الكفالة أو دعوى الحلول . فالدين المكفول ينقسم على الكفلاء بالتساوى فيما بينهم .

أما إذا وفى بما يزيد عن حصته فى الضمان ، فإن ذلك يبرئ ذمة المدين وذمته وذمة الكفلاء الآخرين بقدر هذه الزيادة ، ولا يستطيع الرجوع على المدين بهذه الزيادة بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول ، ولكن يحق له الرجوع عليه وفقًا لقواعد الاثراء بلا سبب ، ويمكنه كذلك الرجوع على الكفلاء الآخرين بدعوى الاثراء ليطالب بما وفاه زيادة عن حصته ، ويتحمل كل كفيل فى حدود حصته فقط ، وإذا أعسر أحد الكفلاء ، فإن الكفلاء الآخرين لا يتحملون أى نصيب فى حصة المعسر لأن كل منهم لا يسأل إلا بقدر حصته ، ويتحمل المدين هذه الحصة ، وإذا كان المدين معسراً ، فإن الكفيل الذى دفعها هو الذى يتحملها، وإذا كانت هذه الحصة لم تدفع فإن الدائن هو الذى يتحملها.

(ب) تعدد الكفلاء وتضامنهم:

« إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصر المعسر منهم » (١) .

يتضح لنا أنه يجب التفرقة بين تعدد الكفلاء بعقود مستقلة ، وتعددهم بعقد واحد مع اشتراط التضامن بينهم .

---

(١) م ٧٩٦ مدنى .

أولاً : إذا تعدد الكفلاء لنفس الدين ، ولكن كل كفيل كفل الدين بعقد كفالة مستقل عن الآخرين ، فإن كل منهم يكون مستقلاً بضمانه للدين كله ، ويجوز للدائن الرجوع على أى منهم ويستوفى منه كل الدين، ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يرجع على الآخرين بما أداه ، لأن كل كفيل كلن قد تعهد فى عقده مع الدائن بضمان الدين بأكمله . أما إذا كان أحدهم أو بعضهم قد اشترط فى عقده حق التقسيم ، فإنه لا يلتزم إلا بدفع حصته فى الدين .

ثانياً : وإذا تعدد الكفلاء مع تضامنهم ، جاز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ، ويلتزم هذا الكفيل بوفاء الدين كله للدائن ، وله أن يرجع بعد ذلك على كل من الكفلاء الآخرين بقدر حصته فى الدين ، وبنصيبه فى حصة المعسر منهم ، وتعتبر حصصهم فى الدين متساوية إلا إذا كان متفقاً على نسبة أخرى . ومن ثم فإن هؤلاء الكفلاء بالتضامن يتحملون فيما بينهم حصة المعسر منهم ، فتقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين . ويستطيع الكفيل الموفى الرجوع على الكفلاء المتضامنين ، إما بالدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة ، أو الاثراء بلا سبب ، وإما بدعوى الحلول ، لإنه يحل محل الدائن الذى وفاه (١) . وتعتبر أحكام الرجوع على أى من الكفلاء الآخرين واحدة أياً كانت وسيلة هذا الرجوع ونوع الدعوى المستخدمة فيه ، أى أن ما يرجع به الكفيل لا

---

(١) متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه الدائن . ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أسسها النيابة التبادلية المفترضة قانوناً بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى . وإذ كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فإنه يتعين – فى شأن تقادمها – اعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء . (الطعن رقم ٣٩٢ لسن ٣١ جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ س ١٧ ص ٢٧٩) .

يختلف من دعوى إلى أخرى ، بل يتمثل دائماً فى حصة كل كفيل فى الدين المضمون ، بالاضافة إلى نصيبه فى حصة المعسر إن وجد .

(جـ) الرجوع على الكفيل العينى :

يضمن الكفيل العينى الدين فى حدود العين المقدمة منه ، أى أن مسؤوليته عن الدين المكفول لا تشمل كافة عناصر ذمته المالية ، بل تتحدد فى حدود ما قدمه من ضمان [1].

إذا وفى الكفيل العينى بالدين ، فإنه يرجع بما وفاه على المدين ، ويستطيع أن يرجع كذلك على الكفلاء الآخرين . وإذا قام أحد هؤلاء الكفلاء بالوفاء فإنه يرجع على الكفيل العينى بحصته فى الدين ، وتختلف قواعد الرجوع بين الكفيل العينى وباقى الكفلاء بحسب قيمة العين المقدمة كضمان .

أولاً : فإذا كانت العين المقدمة تساوى الدين المكفول أو تزيد عنه ، فإن مسؤولية الكفيل العينى عن الدين تكون مساوية للكفلاء الآخرين ، ويوزع العبء عليهم بالتساوى . فإذا وجد كفيل شخصى مع الكفيل العينى ، فإن حصة كل منهما تكون مساوية لحصة الآخر ، على تقدير أن الكفيل العينى قد كفل الدين بقدر قيمة العين التى قدمها رهناً ، وأن الكفيل الشخصى قد كفل كل الدين . فإذا وفى أحدهما بالدين كان له أن يرجع على الآخر بنصف الدين لأن كل منهما قد اعتمد فى كفالته على وجود الآخر .

ثانياً : أما إذا كانت قيمة العين أقل من قيمة الدين ، فإن الكفيل العينى يضمن من الدين ما يساوى هذه القيمة ، فإذا وجد كفيل شخصى مع الكفيل العينى ، فن الدين يقسم عليهما بنسبة قيمة الدين إلى قيمة العين . فإذا كانت قيمة الدين ثلاثة آلاف ، وقيمة العين المقدمة لضمانه ألفاً ، فإن الكفيل العينى يتحمل ثلث الدين .

---

(١) F. Grua, le cautionnement réel, J.C.P. 1984, 3167.

الباب الثالث
الرهن الرسمى

(أ) تعريف الرهن الرسمى :

أورد المشرع تعريفًا للرهن الرسمى بأنه « عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » (١) .

نلاحظ أن النص أطلق اصطلاح الرهن الرسمى على العقد الذى ينشئ للدائن حقًا عينيًا تبعيًا على عقار مخصص لوفاء دينه . مؤدى ذلك أن اصطلاح الرهن يطلق على العقد الرسمى مصدر الحق وعلى الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن .

ويكمن جوهر الرهن الرسمى فى أنه يخول الدائن ميزتين هامتين :

– ميزة التقدم ، أى أفضلية الدائن فى استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون ، حيث تكون له الأولوية فى استيفاء حقه على جميع الدائنين العاديين ، والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية على ذات العقار ، المتأخرين عنه فى المرتبة .

– ميزة التتبع ، أى أن الدائن يستوفى حقه من ثمن العقار المرهون ، حتى ولو انتقلت ملكية هذا العقار إلى شخص آخر ، فهو يستطيع التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد العلنى فى أى يد يكون .

والجدير بالذكر أن حق الدائن لا يكون فقط على ثمن بيع العقار المرهون بالمزاد العلنى . كما ورد فى التعريف السابق – بل يكون أيضًا على أى مبلغ يحل محل هذا العقار ، كالتعويض ومبلغ التأمين .

---

(١) م ١٠٣٠ مدنى .

(ب) خصائص الرهن الرسمي :

يتميز الرهن الرسمي بأنه ، حق عيني ، تبعي ، عقارى ، رسمي ، غير قابل للتجزئة .

١-الرهن الرسمي حق عيني : فالرهن حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشئ موضوع الحق ، هذه السلطة لا تتمثل في استعمال الشئ أو استغلاله لأن الرهن ليس جزءاً من حق الملكية ، بل يكون للدائن بمقتضى هذا الحق ميزتى التقدم والتتبع .

٢- الرهن الرسمي حق تبعي : فالرهن حق تبعى لا يقوم إلا بالتبعية للدين الذى يضمنه ، فهو لا ينشأ مستقلاً لذاته ، بل يفترض قيامه وجود التزام صحيح وتكون وظيفته ضمان الوفاء به .

ويترتب على هذه التبعية ، ارتباط الرهن بالالتزام المضمون فى وجوده ، وصحته ، وانقضائه . فالرهن لا يقوم إلا إذا نشأ الالتزام المضمون صحيحًا ، وإذا تقرر بطلان الالتزام بطل الرهن ، كما ينتقل مع إنتقال الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن، وأخيراً فإن الرهن ينقضى إذا انقضى الالتزام الأصلى بالوفاء أو بأية طريقة أخرى .

ويجدر بالذكر فى هذا المقام أن هناك بعض القوانين ، كألمانيا مثلاً، التى تقبل وجود الرهن استقلالاً ، « ليصير حقاً عينياً له وجود ذاتى مستقل عن الدين ، فيكون بالتالى حقاً أصلياً وليس تبعياً ، بل يعتبر الدين تابعاً للرهن ، بمعنى أن قيام الرهن كافى لوجود الدين ، وبعبارة واضحة، يكون قيد الرهن فى السجل العقارى ، قرينة قاطعة للغير حسن النية ، على وجود الدين الذى يضمنه ، ويترتب على هذا التصوير ، من ناحية ، امكان ترتيب الرهن لمصلحة الراهن ، بحيث يبقى فى يده الرهن ، الذى فيه يعين العقار المرهون ويحدد الدين المضمون ، إلى حين الحاجة ، فيسلمه إلى الدائن الذى يقرضه مبلغ الدين المدون فى السند ، ويكون هذا السند ، لدى الدائن ، قيمة مالية قابلة للتداول ، كما يترتب عليه ، من ناحية أخرى ، امكان بقاء الرهن ، الذى يتجسم فى سنده ، بعد وفاء الدين المضمون ، ليصير أداة ائتمان فى يد

الراهن الذى يستطيع نقله إلى دائنٍ جديد . وتكمن فائدة هذا التصوير فى تسهيل الائتمان العقارى حيث يعتبر السند الرهنى قيمة مضمونة برهن عقارى ، تتداول بالتسليم من دائن إلى آخر .

٣- الرهن الرسمى ينشأ عن عقد رسمى : ينشأ الرهن عن عقد يبرم بين الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون ، فمصدره ، الاتفاق لذا فهو تأمين اتفاقى ، إلا أن هذا الاتفاق لا يكفى فيه التراضى ، بل يلزم لانعقاده الشكل الرسمى أى لابد أن يكون العد رسمياً ، لذا فهو من العقود الشكلية .

٤- الرهن الرسمى حق عقارى : فالرهن لا يرد إلا على العقار، ولا يجوز بحسب الأصل أن يرد على المنقول ، إلا أنه على سبيل الاستثناء يمكن رهن بعض المنقولات التى نظم المشرع لها طريقة خاصة للشهر كالسفينة والمحل التجارى .

لذا يعتبر الرهن الرسمى حقاً عقارياً لأنه يرد دائماً على مال عقارى ، وذلك وفقاً للنص القاضى بأنه يعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى يقع على عقار [1] . وبهذا يفترق الرهن الرسمى عن الرهن الحيازى الذى يرد على العقار والمنقول .

٥- الرهن الرسمى حق غير قابل للتجزئة : يقصد بذلك أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك [2] .

ومعنى هذا أن هناك نوع من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون مبنى على عدم التجزئة ، ومن ثم فإن الرهن لا يتجزأ ، ولهذه القاعدة معنيان :

---

(١) م ٨٣ مدنى .

(٢) م ١٠٤١ مدنى .

فهي تعني أولاً أن أي جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة كان للدائن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع في يد الحائز ، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة ها العقار .

وهي تعني ثانياً ، أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من دين .

ويترتب على ذلك أيضًا أنه إذا مات المدين الراهن ، وتم تقسيم الدين ، والعقار المرهون بين الورثة ، فإن الدائن يستطيع أن ينفذ على كل العقار بكل الدين ، ولا يستطيع أي وارث أن يتمسك في مواجهة الدائن بأن حصته ضامنة لنصيبه في الدين فقط . وإذا مات الدائن المرتهن ، وانقسم الدين بين ورثته ، فإن العقار المرهون يظل ضامناً كله لنصيب كل وارث ، بحيث يستطيع أيهم أن ينفذ بحقه على كل العقار [1] .

(جـ) خطة البحث :

نتناول الرهن الرسمي في فصول ثلاثة ، نبحث في الأول انشاء الرهن الرسمي ، ونعرض في الثاني لآثاره ، ونخصص الثالث لانقضائه.

---

(١) مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤١ من القانون المدني من أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك ، إن الرهن الرسمي على العقار غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من هذا الدين بقي العقار المرهون ضامناً لما بقي من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين . نقض ١٩٧٣/٧/١١ س٢٤ ص ١٠٠٠ .

الفصل الأول
انشاء الرهن الرسمى

ينشأ حق الرهن بمقتضى عقد رسمى هو عقد الرهن ، فالرهن الرسمى عقد شكلى لا يكفى التراضي لانعقاده ، بل يجب افراغ هذا التراضى فى محرر رسمى .

ولذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المطلب لأول : الشروط الموضوعية فى عقد الرهن .

المطلب الثانى : الشكلية فى عقد الرهن .

المبحث الأول
الشروط الموضوعية فى عقد الرهن الرسمى

يخضع عقد الرهن للنظرية العامة للعقود من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ، فيجب لانشائه توافر الرضاء والمحل والسبب ، ويلزم لصحته سلامة الرضاء من العيوب وصدوره من شخص تتوافر لديه الأهلية .

وبجانب تلك القواعد العامة ، التى نحيل إليها فى أماكن دراستها ، أورد المشرع بعض القواعد الخاصة بالرهن ، نكتفى بتناولها ، وهى تتعلق بتخصيص الرهن ، وأهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون .

المطلب الأول
تخصيص الرهن

(أ) ظهور مبدأ التخصيص ومزاياه :

كان الرهن الرسمى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، يرد على جميع عقارات المدين الحاضرة وقت العقد ، وأمواله المستقبلة التى تؤول

إليه بعد ابرامه ، ولا يخرج من هذه الأموال إلا ما ينزل عنه الدائن ، أو ما تتجه إليه الارادة الضمنية للعاقدين بحسب طبيعة المال ذاته. والسبب في ذلك هو الرغبة في توفير حماية كافية للمدين من خلال توسيع وعاء الرهن ، الذى كان ينشأ بغير محرر رسمي ويبقى بالتالى خافياً على الغير مما يعرض الدائن لمخاطر وجود رهون سابقة على أموال المدين .

كان من شأن « نظام الرهن العمومى تعطيل الائتمان ، حيث كان يصعب على المدين أن يجد من يقبل اقراضه المال الذى يحتاجه ، إذا كان قد سبق ورتب رهناً للغير ، ولو كان من أجل دين يقل كثيراً عن قيمة أمواله ، حيث يحجم الأفراد ، عن الرضاء برهن تال ، في المرتبة لرهن آخر . ويؤدى هذا النظام ، كذلك إلى عرقلة تداول الأموال ، حيث لا يتيسر للمدين أن يتصرف في أمواله إذا رتب رهناً عليها ، حيث يعرض الأفراد ، في العادة ، عن شراء أموال مثقلة برهن ، بسعر مناسب ، ولو كانت قيمة الرهن ضئيلة » .

وأدى ذلك إلى ظهور مبدأ تخصيص الرهن ، حيث لا يرد إلا على عقار أو عقارات معينة ، وضماناً لدين محدد ، لذا أصبح من الواجب تحديد العقار المرهون ، والمبلغ المضمون بالرهن في السند الذى ينشئه .

« ولمبدأ التخصيص مزايا هامة للمدين ، وللدائن ، وللائتمان العقارى ، وتداول الأموال في الجماعة .

فمن ناحية ، يفيد المدين من كل الائتمان الذى توفره له العقارات التى له ، فلا يرهن منها إلا ما يتناسب ، في القيمة ، مع الدين ، وتبقى بقية العقارات غير مثقلة بحقوق للغير ، فيستطيع رهن بعضها لضمان دين آخر إذا ما أحس بالحاجة إلى الأموال، ويظل له ، على كل حال ، حرية التصرف فيها دون عوائق تترتب على أثقالها بحقوق للغير [1] .

ومن ناحية أخرى ، يستطيع الدائن ، معرفة الرهون التى تثقل عقارات المدين ، حتى يمكنه أن يقدر درجة يساره ، ويمكنه أن يستأثر برهن على عقار خال من الرهون ، حتى يتفادى التزاحم مع غيره من الدائنين . وفضلاً عن ذلك ، يعلم الغير ، الذين يرغبون شراء العقارات ، الرهون التى تثقلها ،

(١) شمس الوكيل ص ١٤٧ .

ويجدون لدى المدين ، جانباً منها غير مثقل برهون ، ويكونون بعد شرائها ، فى مأمن من تتبع دائن مرتهن .

ويؤدى مبدأ التخصيص ، أخيراً إلى تيسير الائتمان العقارى لكل مالك ، وتوفير الضمان لمن يريد استثمار الأموال بالاقراض أو بالشراء ، وتيسير الائتمان العقارى فى الجماعة ، وتسهيل تداول الأموال فيها » .

(ب) كيف يكون تخصيص الرهن :

يكون تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون من جهة ، ومن حيث الدين المضمون من جهة أخرى .

فيجب أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وينبغى أن يتحدد مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين . ويرد هذا التعيين أو التحديد إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق [1] .

ولم يكتف المشرع بوجوب تخصيص الرهن فى العقد ، بل استلزمه كذلك فى القيد حيث يجب أن يشتمل قيد الرهن على تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً ، وكذلك مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه [2] .

(جـ) جزاء مخالفة مبدأ التخصيص :

يترتب على عدم تخصيص الرهن فى العقد ، بطلانه بطلاناً مطلقاً لتخلف شرط شكلى استلزمه المشرع لانعقاد الرهن . ولا يغنى عن ذلك أن يكون التخصيص قد تم فى القيد ، لأن القيد يعتبر . فى هذه الحالة ، باطلاً ، بالتبعية لبطلان الرهن . ويؤدى اغفال التخصيص فى القيد إلى بطلانه كما سنرى بمناسبة قيد الرهن [3].

ونعرض على التوالى لكل من الدين المضمون بالرهن ، والعقار المرهون.

---

(١) م ١٠٣٥ ، ١٠٤٠ مدنى .

(٢) م ٣٠ من القانون ١٩٤٦/١١٤ .

(٣) ما يلى ص ٣٠٩ .

الفرع الأول
الدين المضمون بالرهن

(أ) تبعية الرهن للدين المضمون :

« ١- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعًا له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين » [1] .

يتبع الرهن الالتزام الأصلى المضمون به ، فهو لا يقوم إلا إذا نشأ هذا الالتزام صحيحًا ، ويرتبط مصيره بمصير الالتزام من حيث البطلان أو الانقضاء ، فيبطل الرهن إذا كان الدين المضمون باطلاً أو قضى ببطلانه ، كما ينقضى بانقضائه بأية طريقة من طرق الانقضاء ، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على بقاء الرهن لضمان دين جديد يحل محل الدين المضمون المنقضى ، ويقع ذلك فى التجديد .

ويترتب على ذلك تبعية دعوى الرهن لدعوى الدين ، أى أن الدعوى العينية تتبع الدعوى الشخصية ، فلا توجد قبل قيامها ولا تبقى بعد انقضائها. ولا تثور صعوبة حيث يكون الراهن ، فى الغالب ، هو المدين ، ويكون ، بالتالى ، هو المدعى عليه فى كلا الدعويين ، حيث يباشرهما الدائن فى مواجهته .

إلا أنه قد يكون الراهن شخصًا آخر غير المدين (الكفيل العينى) ، هنا تنفصل دعوى الدين عن دعوى الرهن ، حيث ترفع الأولى على المدين ، وترفع الثانية على الكفيل العينى . فى هذه الحالة يجوز للكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ، إلى جانب الدفوع الخاصة به أى المتعلقة بعقد الكفالة ،

---

(١) م ١٠٤٢ مدنى .

بالدفوع التى للمدين أن يحتج بها عليه نظراً لصفة التبعية التى تقوم بينها وبين الالتزام الأصلى . ويبقى للكفيل هذا الحق ، ولو لم يتمسك المدين بتلك الدفوع ، أو نزل عن حقه فى التمسك بها قبل الدائن .

ويرد على ذلك المبدأ قيد مفاده أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه . ونحيل فى كل ذلك إلى دراستنا فى الكفالة(١) .

(ب) تحديد الدين المضمون :

يستلزم مبدأ تخصيص الرهن ، تحديد الدين المضمون به تحديداً دقيقاً ، فيجب أن يذكر فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين ، وإلا كان عقد الرهن باطلاً لعدم التخصيص .

فلا يجوز أن ينشأ الرهن لضمان كل الديون التى تثبت فى ذمة المدين ، دون تحديد مقدارها أو مصدرها ، ولا يجوز أن يمتد الرهن ليشمل أى دين آخر يثبت فى ذمة المدين ، سواء فى مدة معينة أو فى أية مدة .

فيجب تحديد مقدار الدين ومصدره أيضاً ، سواء كان هذا المصدر التصرف القانونى أو الواقعة أو نص القانون .

ويشمل الدين رأس المال والمصروفات والفوائد . حيث : « يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد ادخالاً ضمنياً فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها . وإذا ذكر سعر الفائدة فى العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقت اجرائها ، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل»(٢) .

---

(١) م ٧٨٢ مدنى ، أنظر ما سبق ص ١٢١ .

(٢) م ١٠٥٨ مدنى .

فالرهن يشمل مصروفات العقد والقيد وتجديده لأنها تعتبر جزءاً من الدين المضمون ، حتى ولو لم تذكر فى القيد ، ويكون لها نفس مرتبة الدين . ويشمل الرهن كذلك فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد .

(جـ) طبيعة الدين المضمون وأوصافه :

« يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين » [1] .

مؤدى ذلك أن الرهن يمكن أن ينشأ لضمان جميع الالتزامات أيا كان مصدرها أو محلها ، ومهما كانت طبيعتها أو وصفها .

١- فالالتزام المضمون قد ينشأ عن التصرف القانونى والفعل النافع أو الفعل الضار أو نص القانون ، وليس من الضرورى أن يكون محله مبلغًا من النقود ، بل يمكن أن يكون عملاً أو امتناعًا عن عمل أو نقل ملكية أو انشاء حق عينى ، فالرهن يضمن ما قد يحكم به على المدين من تعويض إذا لم يقم بتنفيذ التزامه .

٢- ويجوز أن يكون الدين المضمون بالرهن ايراداً مرتباً مدى الحياة . وإذا تم التنفيذ على العقار المرهون قبل أن ينتهى الالتزام بدفع الايراد ، فإن الثمن يوزع على سائر الدائنين الآخرين بحسب مراتبهم إذا تعهدوا متضامنين بأداء المرتب فى مواعيد استحقاقه الدورية ، وقدموا ضماناً كافياً لتنفيذ هذا التعهد .

٣- ويجوز أن يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً أو مستقبلاً ، كأن يكون معلقًا على شرط أو مضافًا إلى أجل . فالدين المعلق على

---

(١) م ١٠٤٠ مدنى .

شرط فاسخ موجود ، إلا أن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه ، فإذا تخلف الشـرط استمر الرهن قائماً وصحيحاً ، وإذا تحقق زال واعتبر كأن لم يكن . وإذا بيع العقار المرهون ، في مرحلة تعليق الشرط ، اشترك الدائن في التوزيع بحسب مرتبة رهنه على أن يلتزم بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط ، وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما يرده الدائن على سائر الدائنين .

٤-أما الدين المعلق على شرط واقف ، فيدخل في عداد الديون المستقبلة والمحتملة ، حيث يجوز ضمانها بالرهن ، استجابة للضرورات العملية التي تقتضي تشجيع منح الائتمان خاصة بالنسبة لعمليات البنوك. وقد أورد المشرع تطبيقًا لهذه القاعدة جواز ترتيب الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار . ولكن يجب تحديد الدين الذي يضمنه الرهن بقدر معين أو بحد أقصى . ويجوز تحديد مدة معينة لنشأة الدين ، فلا يضمن الرهن إلا ما ينشأ خلال هذه المدة ، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو التعويض عن الفعل الضار لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين عناصر هذا التعويض حتى يمكن معرفة مقداره بقدر الامكان .

ويحسب مرتبة الرهن من وقت قيده وليس من يوم نشوء الدين المستقبل أو الاحتمالي ، ولكن الرهن لا ينتج آثاره إلا بعد تحقق الدين ، فإذا نشأ الدين تأكد الرهن بمرتبته من يوم قيده ، أما إذا لم ينشأ الدين كان القيد بلا موضوع وزال (١) .

فإذا بيع العقار المرهون ، بناء على طلب دائن آخر ، وقبل تحقق الدين المستقبل ، فإنه يتم احتجاز مبلغ من الثمن ، يوازي مقدار الدين ، بخزانة المحكمة حتى ينشأ الدين أو تتأكد عدم نشأته . ويجوز توزيع ثمن العقار بأكمله على الدائنين الآخرين على أن يلتزم هؤلاء بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالدين المستقبل في حالة تحققه .

٥- أما بالنسبة للالتزام الطبيعي ، فلا يمكن ضمانه بتأمين شخصي أو عيني ، طالما ظل محتفظاً بهذه الصفة . فهذا الالتزام موجود ويشغل ذمة المدين ، إلا أنه لا يمكن اجباره على الوفاء به ومؤدى ذلك إنه إذا قدم المدين

---

(١) Simler et Delebecque, n. 482.

رهناً ، فإن ذلك يعد تعهداً منه بالوفاء بالالتزام الطبيعي ، والتعهد بالوفاء من شأنه أن يغير طبيعة الالتزام ويجعله التزامًا مدنيًا ، وهنا يعتبر الرهن ضامناً لالتزام مدنى وليس التزاماً طبيعياً .

ومن ناحية أخرى لا يجوز أن يصدر الرهن من غير المدين ضماناً للالتزام الطبيعي ، لأن ذلك يعد كفالة عينية لهذا الالتزام ، حيث تقضى القواعد العامة فى الكفالة بأنه لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، حيث لا يمكن أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام الأصيل ، وذلك ما لم يقصد الكفيل أن يكون مديناً أصلياً .

الفرع الثانى
العقار المرهون

« ١- لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . ٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع باطلاً [١] .

يتضح من النص أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ، مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وينبغى أن يكون هذا العقار موجوداً وليس مستقبلاً ، ويجب أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً ، ويمتد الرهن ليشمل ملحقات العقار المرهون ، ويدخل فى ذلك الثمار والتحسينات والزيادات الطارئة .

(أ) لا يرد الرهن الرسمى إلا على عقار :

الرهن الرسمى ، بخلاف الرهن الحيازى ، لا يقع إلا على عقار ، فهو حق عقارى ، لأن محله دائماً عقار وليس منقول .

والعقار محل الرهن هو العقار بطبيعته ، كالأراضى والمبانى ، ويجوز أن

---

(١) م ١٠٣٥ مدنى .

يرد الرهن على الشقة أو الطبقة فى حالة ملكية الطبقات ، أو على جزء منها مملوك لأحد الملاك . وبالنسبة للعقارات بالتخصيص ، فالأصل أنها تدخل فى الرهن الوارد على العقار بوصفها من ملحقاته ، ولا يجوز رهنها استقلالاً لأنه لا يجوز بيعها بالمزاد العلنى دون العقار الذى رصدت لخدمته .

« والحكمة فى قصر الرهن الرسمى على العقار إن هذا الرهن يمس مصالح الغير ، ويهدد حقوقهم ، لأنه يخول للدائن المرتهن ميزة التقدم على الدائنين العاديين ، من جهة ، وميزة التتبع فى مواجهة الخلف الخاص ، من جهة أخرى ، فتتصرف آثار الرهن فى الحقيقة إلى الغير ، ويجب بالتالى ، حماية لهم ، أن ينظم شهره على نحو يجعل فى مقدورهم العلم بالرهون التى تثقل أموال المدين ، وإلا تهدد ائتمان الفرد ، واضطرب الائتمان فى الجماعة ، لذلك قصر محل الرهن على الأموال التى يكون شهرها ممكناً دون عرقلة للمعاملات ، وهى العقارات التى يتسنى ، نظراً لثباتها ، تنظيم شهرها ، دون أن يكون هذا التنظيم عائقاً لتداولها . وعلى ذلك يتحدد نطاق الرهن الرسمى، فى الحقيقة ، على مقتضى نظام شهر الحقوق العينية » (١) .

(ب) رهن المنقول - استثناء :

القاعدة العامة هى أنه لا يجوز رهن الأموال المنقولة رهناً رسمياً ، ذلك أنه من الصعب شهر الحقوق التى تترتب على المنقول نظراً لكثرتها وتماثلها وسرعة انتقالها . ويجوز رهن المنقولات رهناً حيازياً تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن أو عدل ينوب عنه ، ويكون هذا الانتقال بمثابة شهر للرهن ، وضمان يحول دون قيام الراهن باخفاء المنقول أو تبديده أو التصرف فيه تصرفاً يضر بحق الدائن المرتهن .

ولذلك لا يجوز رهن المنقول رهناً رسمياً ، ويستوى أن يكون منقولاً مادياً كالسيارة والأثاث والمجوهرات ، أو غير مادى كالديون ، أو حق المؤلف ، أو حق المستأجر .

أدى تطور النظام الاقتصادى والتقنى الحديث إلى ظهور بعض المنقولات

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٠٧ .

التى تتمتع بكيان ذاتى وعلامات مميزة ، يمكن على أساسها شهر الحقوق الواردة عليها دون اعاقة تداولها ، لذا أجاز المشرع ، على سبيل استثناء ، أن تكون محلاً للرهن الرسمى . مثال ذلك رهن السفن البحرية ، ورهن الطائرات ، فكل من السفن والطائرات تنتقل ملكيتها بالقيد فى سجل خاص، لذا كان من السهل شهر الرهن الوارد عليها بقيده فى ذات السجل . وكذلك اخضاع المحل التجارى (وهو منقول معنوى) للرهن الرسمى حيث يتم شهر هذا الرهن فى سجل خاص بذلك بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها المحل التجارى.

(جـ) الحقوق العينية العقارية التى يجوز رهنها :

لا يرد الرهن ، فى الحقيقة على العقار ، كشئ معين، بل يقع عليه كمال عقارى أى على الحق العينى الوارد عليه ، ويتمثل ذلك غالبًا فى حق الملكية الذى يختلط بالعقار الذى يرد عليه .

– ولا يقتصر الرهن على حق الملكية ، بل يمكن أن يقع على غيره من الحقوق العينية الواردة على عقار إذا كان من الجائز بيعها بالمزاد العلنى ، وذلك كملكية الرقبة .

– ويجوز أن يقع الرهن على حق الانتفاع. ويخول هذا الحق صاحبه سلطة استعمال الشئ المملوك للغير واستغلاله ، ويجوز لصاحب حق الانتفاع الوارد على عقار أن يرهن حقه لأنه حق عقارى . وهنا يرد الرهن على الحق ذاته وليس على الثمار فهى حق للمنتفع يجنيها ولا يستطيع المرتهن المطالبة بتسلمها لأنها تدخل فى الضمان العام لكل الدائنين ، وإنما يجوز له أن يباشر اجراءات التنفيذ على حق الانتفاع محل الرهن ليستوفى حقه من ثمنه ، متقدماً ، وفقاً لمرتبته ، على باقى الدائنين .

ونظراً للطبيعة المؤقتة لحق الانتفاع ، فإن رهنه نادر فى العمل ، حيث ينقضى حتمًا بانقضاء مدته أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب ، وينقضى الرهن بانقضاء الانتفاع ، ما لم يكن هذا الانقضاء راجعاً إلى خطأ مالك الرقبة أو الغير ، هنا ينتقل الرهن إلى مبلغ التعويض الذى يدفع .

ولا يتأثر الرهن بتنازل المنتفع عن حقه لمالك الرقبة ، أو بالحكم بانهاء الحق لاساءة استعماله ، إذ يبقى الرهن ، رغم ذلك ، قائماً إلى نهايته العادية ، لأنه لا يجوز للراهن أن يضر ، بفعله ، بحقوق الدائن المرتهن ، ومن المقرر أنه يجوز للقاضي ، تبعًا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير[١] .

– ويجوز لصاحب حق الحكر ، وهو حق عيني على عقار ، أن يرهن حقه رهناً رسمياً . وللمحتكر حق القرار على الأرض ، ويملك ما ينشئه من بناء أو غراس عليها ، لذا يجوز له أن يرهن المباني وحدها أو مقترناً بحق الحكر أي الأرض باعتبارها محلاً لحق القرار . إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الحكر حق موقوت بطبيعته ، ينتهي بحلول أجله وبالأسباب الأخرى المبينة في القانون ، وبانتهاء الحكر ينقضي الرهن بالتبعية. ويجوز لمالك الرقبة أن يرهن الأرض المحكرة باعتبار أن رقبتها مملوكة له ، إلا أن ذلك مشروط بألا تكون الأرض موقوفة [٢] .

– أما بالنسبة لحقوق الاستعمال والسكنى فإنه لا يجوز رهنها لأنهما من الحقوق ذات الصبغة الشخصية التي لا يجوز الحجز عليها أو بيعها بالمزاد العلني .

– ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار المرتفق ، لأنه لا يجوز بيعه منفصلاً عن العقار الذي يتبعه .

– ولا يجوز أخيراً ، رهن الحقوق العينية التبعية ، كالرهن أو الاختصاص أو الامتياز ، رهناً رسمياً ، لأنه لا يجوز بيعها استقلالاً عن الدين المضمون بها .

(د) يجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد :

والحكمة من ذلك هي أن الهدف من الرهن يتمثل في تمكين الدائن

---

(١) م ٩٨٨ مدني .

(٢) م ١٠٠٨ ، ١٠١٢ مدني .

من بيع العقار المرهون ، فى حالة عدم وفاء المدين بالدين اختياراً ، ليحصل على حقه من ثمنه ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز رهن العقار الذى لا يجوز التعامل فيه أو بيعه بالمزاد العلنى .

وبناء على ذلك لا يجوز رهن الوقف ، ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه ، والأموال العامة ، وكذلك الحال بالنسبة لحقوق الارتفاق والاستعمال ، والسكنى . ولا يجوز كذلك رهن ما لا يجوز التعامل فيه محافظة على النظام العام والآداب ، كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للدعارة ويعد ذلك تطبيقًا للمبدأ العام الذى يقضى ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، والذى يحدد محل الحقوق المالية فى كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون (١) .

(هـ) تعيين العقار المرهون :

تقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، أى أنه إذا لم يتم التحديد فى العقد أمكن تكملته فى ورقة لاحقة تكون هى أيضاً رسمية ، وتعبر ملحقاً لعقد الرهن . ولا ينعقد الرهن إلا ابتداء من تحرير الورقة الثانية التى تضمنت تعيين العقار .

وجزاء عدم التحديد الدقيق هو بطلان عقد الرهن بطلانًا مطلقًا ، ولا يجوز تصحيحه ، ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، كالدائن والراهن ، وتعيين العقار بمناسبة قيد الرهن لا يصححه ، لأن الرهن لا يقيد إلا إذا كان صحيحاً ، بل أن القيد يبطل بالتبعية لبطلان الرهن .

ويجب أن يتم التعيين بصورة دقيقة ، أى تعيين العقار بذاته من خلال بيان أوصافه التى تميزه عن غيره من العقارات ، وبيان طبيعته ، أى بيان ما إذا كان من المبانى أو الأراضى الفضاء أو الزراعية ، وتحديد موقعه ، كذكر الجهة الموجود فيها ، وحدوده وجيرانه واسم الشارع إذا كنا بصدد منزل

---

(١) م ١٣٥ ، ٨١ مدنى .

ورقمه . وإذا كان المرهون حصة شائعة وجب تحديد مقدارها وتعيين العقار الشائع الذى يحوى هذه الحصة .

(و) بطلان رهن المال المستقبل :

يقرر المشرع صراحة أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل (١) . والمال المستقبل له عدة صور :

١- فقد يكون المال غير موجود بالفعل ، ويحتمل وجوده فيما بعد ، كمن يشترى شقة ، لم يتم تشييدها بعد ، ويقوم برهنها . هنا يقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لصريح النص ، حتى لو كانت الشقة معينة تعييناً دقيقاً .

٢- وقد يكون المال المستقبل غير معين بالذات ، كما لو قام المدين برهن الأموال التى تؤول إليه مستقبلاً بغير تحديد ، هنا يبطل الرهن بطلاناً مطلقاً لأنه ورد على مال مستقبل ، وعلى أساس عدم تخصيص الرهن لأن القانون يستلزم ضرورة تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً (٢).

٣- وقد كون المال المستقبل تركه بالنسبة للوارث المنتظر ، هنا يبطل الرهن بطلاناً مطلقاً كذلك استناداً إلى مبدأ بطلان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة (٣) .

٤- وأخيراً قد يكون المال المستقبلل عقاراً معيناً بالذات وغير مملوك للراهن ، هنا يكون الرهن باطلاً بطلاناً نسبياً (٤) . وقد خرج المشرع فى هذا الحكم عن القاعدة التى تقضى ببطلان رهن الأموال المستقبلة بطلاناً مطلقاً دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين ، رغبة منه فى توحيد الحكم ما بين بيع ملك الغير ، ورهن ملك الغير رهناً رسمياً أو رهن حيازة لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع .

---

(١) م ٢/١٠٣٣ مدنى .
(٢) م ١٠٣٥ مدنى .
(٣) م ٢/١٣١ مدنى .
(٤) طبقاً لصريح نص المادة ١٠٣٣ مدنى .

وتقرير بطلان رهن المال المستقبل يعد خروجًا على القاعدة العامة التى تقرر صحة التصرفات فى المال المستقبل ، حيث يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً (١) .

ويعلل المشرع هذا الخروج استجابة لمبدأ تخصيص الرهن من حيث ضرورة تعيين العقار المرهون . قد يصدق هذا التعليل فى الحالات التى لا يمكن فيها تعيين المال المستقبل ، ولكن هذا المال ، رغم وجوده ، إلا أنه من الممكن تعيينه بدقة ، كما فى حالة المنزل الذى سيتم تشييده ، لذا يكون التعليل المقبول هو رغبة المشرع فى حماية المدين الذى يقدم ، تحت الحاجة ودون تبصر ، على رهن الأشياء المستقبلة التى قد لا توجد مما يعرضه للمخاطر واستغلال المرابين .

وينتقد البعض بحق مسلك المشرع فى تعميم بطلان رهن المال المستقبل طالما كان هذا المال معينًا تعيينًا كافيًا ، حيث يتعارض ذلك مع متطلبات الحياة الحديثة ، فرهن المال المستقبل يؤدى ، فى بعض الحالات ، إلى نتائج عملية هامة ومرغوب فيها ، بل أن من شأن حظره خلق عقبة فى سبيل الحصول على الائتمان من قبل الأشخاص المحتاجين أو الراغبين فى اقامة مشروعات ولا يملكون شيئًا حالاً يرهنونه ضمانًا لديونهم . وذلك كمن يريد شراء شقة ، لم تبن بعد ، من احدى الشركات ، وليس لديه المقدم المطلوب دفعه للشراء ، لا شك أن هذا الشخص سيتعذر عليه شراء الشقة لعجزه عن الحصول على الائتمان حيث لن يستطيع الاقتراض برهن هذه الشقة .

(ز) ملحقات العقار المرهون :

« يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارًا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال

---

(١) م ٢/١٣١ مدنى .

بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين [1] .

يتضح من النص أن الرهن يشمل ملحقات العقار المرهون ، فهذه الملحقات تتبع العقار وتكون مرهونة مثله فى نفس الدين ، دون حاجة إلى ذكر ذلك فى العقد . وأهم هذه الملحقات : حقوق الارتفاق ، التحسينات والانشاءات ، العقارات بالتخصيص .

وينبغى ملاحظة أن الملحقات الواردة بالنص ليست واردة على سبيل الحصر ، فهناك مثلاً حق الانتفاع الذى يعتبر من الملحقات رغم عدم النص عليه صراحة . وبناء على ذلك إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل الانتفاع إلى الراهن امتد الرهن إلى حق الانتفاع باعتباره تابعًا للرقبة . والعكس غير صحيح فالرقبة ليست من ملحقات الانتفاع .

ومن ناحية أخرى فإن القاعدة التى تقرر شمول الرهن للملحقات ، لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد بعض هذه الملحقات أو كلها من ضمان الدائن ، كالاتفاق على عدم امتداد الرهن إلى الانشاءات التى تطرأ على العقار .

ولا يمتد الرهن إلى ما لا يعتبر من ملحقات العقار ، كالمنقولات الموجودة به طالما ظلت محتفظة بذاتيتها ولم تخصص لخدمته أو استغلاله ، كأثاث المنزل ، والحيوانات التى يقتنيها مالك الأرض الزراعية ، بقصد الانتفاع بلبنها أو للاتجار فيها . ولا يعتبر من الملحقات ما يشتريه المالك من أرض ملاصقة للأرض المرهونة حتى ولو قام باستغلالهما فى غرض واحد .

وقد تكون الملحقات عقاراً كالتحسينات والانشاءات ، وقد تكون حقًا عقارياً كالارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون ، وقد تكون معدة قبل الرهن أو أعدت بعده ، ويستوى أن تكون قد أضيفت بفعل الراهن أو بفعل الغير مع عدم الاضرار بحقوق هذا الغير ، كما هو الحال بالنسبة للامتياز المقرر للمهندس المقاول .

---

(1) المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ ، م ١٠٣٦ مدنى .

ونعرض لتلك الملحقات فيما يلى :

١- حقوق الارتفاق : يمتد الرهن ليشمل كل حقوق الارتفاق الايجابية المقررة لخدمة العقار المرهون ، سواء وجدت تلك الحقوق وقت انشاء الرهن أو تقررت بعد ذلك . ولا يجوز رهن حقوق الارتفاق استقلالاً عن العقار المخدوم لعدم جواز بيعها منفصلة عنه .

٢- العقارات بالتخصيص : العقار بالتخصيص هو المنقول المملوك لصاحب العقار ، والذى يضعه على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

فوصف العقار بالتخصيص لا يتوافر للمنقول إلا إذا كان مملوكًا لنفس مالك العقار ، وأن يكون مرصوداً لخدمة العقار وليس لخدمة صاحبه . ومثال ذلك الآلات الزراعية والماشية المخصصة لخدمة الأرض ، والآلات المخصصة لخدمة المصنع ، والمفروشات المخصصة لخدمة الفندق . ولا يعتبر عقاراً بالتخصيص السيارة التى يستعملها المالك وأسرته ، والمواشى التى يستأجرها المالك ، والآلات التى لم يتملكها بعد لعدم سداد باقى ثمنها .

ويشمل الرهن العقارات بالتخصيص باعتبارها ملحقة بالعقار المرهون ، دون حاجة إلى ذكر ذلك ، وسواء وجدت وقت عقد الرهن أو وجدت بعد ذلك (١) .

وإذا تم فصل المنقول عن العقار ، فإنه يفقد صفته كعقار بالتخصيص ويزول عنه الرهن . والأصل أن المالك له حرية الابقاء على تخصيص المنقول لخدمة العقار أو فصله ، إلا أن ذلك مقيد بعدم الاضرار بحقوق الدائن المرتهن

---

(١) وقضت محكمة النقض بأن العقارات بالتخصيص تعتبر ضمن الملحقات وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ، واذن فمتى كان الطاعن بوصفه مدعيًا هو المكلف باثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه ، فإنه كان لزامًا عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع فى سبيل اثبات دعواه وإذا هو لم يفعل فلا يقبل منه النعى عليها بالخطأ فى تطبيق القانون نقض ١٩٥٤/١/١٤ طعن ١٢١ س ٢١ق.

الذى يحق له الاعتراض على فصل المنقول ، وطلب اعادته ، ما لم يكن قد تم التصرف فيه إلى شخص قام بحيازته بحسن نية ، وهنا ينتقل حق الدائن المرتهن إلى ثمن هذا المنقول .

٣- **التحسينات والانشاءات :** إذا زادت قيمة العقار نتيجة التقلبات الاقتصادية أو نتيجة التصقيع الناجم عن تنفيذ مشروعات عامة بجانب العقار ، كمشروعات الطرق أو الرى والكهرباء ، فإن الدائن يستفيد من هذه الزيادة دون حاجة إلى نص .

ولا تعتبر هذه الزيادة فى القيمة من الملحقات ، وإنما يعد من الملحقات بالمعنى الحقيقى التحسينات والانشاءات والاضافات التى تزيد من قيمة العقار وتعود بمنفعة على المالك . فهى كل زيادة مادية تلحق العقار المرهون سواء بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان .

فقد تحصل الاضافة إلى العقار بفعل الطبيعة ، كتراكم الطمى الذى يزيد من مساحة الأرض ، ففى هذه الحالة يمتد الرهن ليشمل هذه الزيادة .

وقد تحدث هذه الأعمال بفعل مالك العقار المرهون نفسه ، كما لو أضاف إلى المبنى طابق آخر أو ملاحق له تزيد من قيمته ، وكما لو قام هذا المالك بالبناء أو الغرس فى الأرض المرهونة ، هذه الزيادة يمتد إليها الرهن بحكم القانون ودون حاجة إلى نص فى العقد ، وذلك أياً كانت قيمة هذه الانشاءات حتى لو زادت قيمتها من قيمة العقار المرهون ، هذا ما لم يوجد اتفاق على استبعادها عن ضمان الدائن .

وأخيراً قد تستحدث هذه الانشاءات والتحسينات بفعل الغير ، ففى هذه الحالة يمتد الرهن ليشمل تلك الزيادة إذا تملكها صاحب العقار المرهون بالالتصاق ، أما إذا كانت المبانى التى يقيمها الغير على الأرض المرهونة مملوكة لبانيها ، فإن الرهن لا يمتد إليها إلا من الوقت الذى تؤول فيه إلى صاحب الأرض . ويتحقق هذا الفرض فى حالة تصريح مالك الأرض للغير باقامة مبان عليها وتملكها .

ويمتد الرهن إلى الانشاءات الجديدة بنفس مرتبته حتى لو أقيمت بعد نشأة الرهن وقيده ، إلا أن ذلك الامتداد ينبغى ألا يضر بالمقاول أو المهندس الذى ساهم فى اقامة هذه الانشاءات ، ويترتب على هذا أن يتقدم هؤلاء على الدائن المرتهن رغم تأخر قيد امتيازهم على الرهن .

ويجدر الاشارة إلى أنه بالاضافة إلى التحسينات والانشاءات المادية المذكورة ، قد يتم اضافة ملحقات جديدة ذات طبيعة قانونية ، كحق ارتفاق يكتسب للعقار المرهون على العقار المجاور ، أو انقضاء بعض الحقوق التى كانت تثقل العقار المرهون كحق ارتفاق أو حق انتفاع .

(ح) مدى شمول الرهن للثمار والايرادات :

يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » [1] .

يتميز الرهن الرسمى ، بخلاف الرهن الحيازى ، بأنه لا يسلب المدين حيازة العقار المرهون ، ولا يغل يد الراهن عن ادارته ، ولا يحرمه من جنى ثماره ، وله الحق فى قبض هذه الثمار والتصرف فيها . وتظل هذه الثمار بمنأى عن الرهن ، وليس للدائن المرتهن حق عليها ولا يستطيع أن يتبعها للتنفيذ عليها .

إلا أن حق الدائن المرتهن يبدأ فى التعلق بتلك الثمار منذ اللحظة التى يتم الحاقها بالعقار ، ولكن متى يتم هذا الالحاق ؟

إذا حل أجل الدين ولم يف به المدين ، وبدأ الدائن المرتهن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون وهو فى يد المدين الراهن ، فإن الثمار تلحق بالعقار من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أى أن الثمار والايرادات التى يغلها العقار المرهون بعد هذا التاريخ تدخل فى وعاء الرهن [2] .

---

(١) م ١٠٣٧ مدنى .

(٢) وتنص المادة ٤٠٦ مرافعات على ذلك بقولها : تلحق بالعقار ثماره وايراداته عن المدة =

أما إذا تم اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار وهو فى يد الحائز ، أى فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار محملاً بالرهن ، فإن الثمار تلحق بالعقار منذ تاريخ انذار الحائز بالدفع أو التخلية . فمن المقرر أن الحائز يلتزم برد الثمار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية . فإذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه انذار جديد (١) .

ومؤدى ذلك أن الثمار التى تم جنيها والايرادات التى تم قبضها قبل تسجيل التنبيه أو تمام الانذار ، فإنها لا تلحق بالعقار ولا تدخل فى وعاء الرهن . مع ملاحظة أن المخالصات بالأجرة مقدماً والحوالة بها كذلك لا يحتج بها على الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإذا زادت على ثلاث سنوات وجب أن تكون مسجلة قبل قيد الرهن، وإلا خفضت لمدة ثلاث سنوات . فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فلا يحتج بها إلا لمدة سنة واحدة .

وإذا كان هناك أكثر من دائن وتزاحمت حقوقهم عند توزيع قيمة الثمار، فإن ذلك يتم بينهم حسب الأسبقية كل منهم فى الرهن على العقار ذاته . فالدائن المرتهن يستوف حقه ، وفقاً لمرتبته من هذه الثمار أو من ثمنها، بالأسبقية على غيره من الدائنين ، كما يستوفيه من ثمن العقار .

والثمار إما أن تكون طبيعية تنشأ بفعل الطبيعة كالكلأ ، وقد تكون مستحدثة بفعل الانسان كالمحصولات الزراعية ، وقد تكون مدنية وهى ما يغله العقار من دخل نقدى .

فإذا كانت الثمار مدنية ، فلا يلحق بالعقار إلا الثمار التى تستحق عن

= التالية لتسجيل التنبيه . وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الادارة الحسنة ، ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها ، وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى باذن القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة .

(١) م ١٠٧٩ مدنى .

المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه أو التى تلى الانذار. ولا يمتد حق الدائن المرتهن إلى الثمار المستحقة عن مدة سابقة حتى ولو كانت واجبة الآداء فى تاريخ لاحق . ولا تثور صعوبة فى تطبيق ذلك الحكم نظراً لأن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوماً بيوم .

أما الثمار الطبيعية أو المستحدثة ، فقد ذهب البعض إلى أن العبرة فيها بتاريخ الجنى لأنها لا تعتبر مقبوضة إلا من يوم فصلها (١) . وعلى هذا فإن تلك الثمار تلحق العقار إذا تم جنيها بعد التسجيل أو الانذار ، وذلك أيا كانت الفترة التى بقيت فيها هذه الثمار بالأرض .

ولكن الراجح يذهب إلى وجوب أخذ المدة السابقة على القبض فى الحسبان ، وبالتالى لا تلحق الثمار الطبيعية بالعقار إذا جنيت بعد التسجيل أو الانذار ، إلا بقدر يوازى المدة التى أعقبت التسجيل أو الانذار ، أى أن الثمار تقسم بنسبة تلك المدة إلى المدة اللازمة لنضج الثمار ، فإذا كان المحصول الزراعى يبقى فى الأرض مدة ستة شهور ، وتم تسجيل التنبيه بعد ثلاثة شهور من زراعته ، فلا يلحق بالعقار إلا نصفه ، أما النصف الآخر ، فيكون من نصيب الحائز أو الراهن حيث يدخل فى الضمان العام للدائنين (٢) .

المطلب الثانى

أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون

ينص المشرع صراحة على أنه يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه (٣) .

---

(١) م ١٠٤٦ مدنى ، ٤٠٩ مرافعات .

(٢) م ٩٧٨ مدنى .

(٣) م ٢/١٠٣٢ مدنى .

الفرع الأول
أهلية الراهن

(أ) أهلية أطراف الرهن :

يعتبر عقد الرهن ، بالنسبة للدائن المرتهن ، تصرفًا نافعًا نفعًا محضًا ، لذا يكفى أن يكون مميزًا حتى تتوافر لديه أهلية ابرامه .

أما بالنسبة للراهن ، فقد يكون المدين ، يريد انشاء الرهن لدائنه على عقار يملكه ، وقد يكون شخصًا آخر يقدم رهنًا ، لمصلحة المدين ، على عقار يملكه .

فإذا كان الراهن هو المدين ، فهو يرتب حقًا عينيًا على عقاره ، ويجب أن يكون أهلاً للتصرف فى هذا العقار ، وطبقًا للقواعد العامة ، يعتبر الرهن بالنسبة له من أعمال التصرف التى تدور بين النفع والضرر ، ويشترط لصحته أن يكون الراهن بالغًا سن الرشد ، ويقبل الابطال إذا كان ناقص الأهلية ، ويبطل بطلانًا مطلقًا إذا كان عديم الأهلية .

أما إذا كان الراهن غير المدين (كفيلاً عينيًا) ، فإن الرهن بالنسبة له يعتبر ضارًا ضررًا محضًا ، ويشترط لصحته أن يكون الراهن بالغًا سن الرشد ، ويقع باطلاً بطلانًا مطلقًا إذا كان ناقص الأهلية .

(ب) الولاية فى ابرام الرهن :

ويقصد بالولاية عدم قيام الراهن أو المرتهن بمباشرة العقد بنفسه ، بل من خلال من ينوب عنه .

فإذا أناب الراهن عنه وكيلاً فى ابرام الرهن ، فإن ذلك لا يجوز إلا بتوكيل خاص ، ولا يكفى التوكيل العام ، وذلك تطبيقًا للمبدأ القاضى بأنه لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء . والوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية تصح ولو

لم يعين محل هـذا العمل على وجـه التخصيص ، إلا إذا كان العمـل من التبرعات [١] .

وتطبيقًا لذلك تقرر محكمة النقض بأن مجرد التوكيل بالرهن كاف لرهن مـال الموكل لدين عليه هو ، باعتـبـار أن الرهن ليس من أعمـال التبرعات [٢] .

وإذا قـام الأب بابرام الرهن نيـابة عن ابنه فـلا بد من اذن المحكمـة إذا كانت قيمة العقار تزيد عن ٣٠٠ جنيه ، ولا يلزم هذا الاذن إذا كان العقار المراد رهنه قد تبرع به الأب إلى ابنه . ولابد من اذن المحكمة إذا كان من يبرم الرهن هو الجد أو الوصى أو القيم، وذلك إذا كانت قيمة العقار . .

وإذا كان الراهن شخصاً آخر غيـر المدين (كفيلاً عينيًا) فلا يمـكن أن يباشره عنه وكيلاً إلا بمقتضى وكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع . ولا تكفى الوكـالة الخاصـة لعـمل مـن أعـمال التـصرف. ويجب أن يتضمن التوكيل تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون بالرهن . ولا يستطيع الولى أو الوصى أو القيم أن ينوب عن ناقص الأهلية فى ابرام هذا الرهن لأنه عمل من أعمال التبرع ، ولو باذن المحكمة .

وبالنسبة للدائن المرتهن ، يستطيع أن ينيب عنه من يبرم الرهن بمقتضى وكالة عامة لأن الرهن بالنسبة له عملاً من أعمال التصرف . ويجوز للولى أو الوصى أو القـيم أن يبـرم الرهن نيـابة عن ناقص الأهليـة دون حـاجـة إلى اذن المحكمة .

---

(١) م ٧٠٢ مدنى .

(٢) نقض ١٩٣٧/٤/١ المحاماة ١٧ ص ١١٤٧ .

والمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تحـديد نطاق الوكالة وبيان ما قصده المتعاقد منها ، مستعينة فى ذلك بعبارة التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها متى كان استخلاصها سائغًا يؤدى إلى ما انتهت إليه. نقض ١٩٨١/١٠/٢٦ س٣٢ جـ ٢ ص ١٩٨٥ .

الفرع الثانى
ملكية الراهن للعقار المرهون

يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، سواء أكان الراهن هو ذات المدين ، أو شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين (الكفيل العينى) . فعقد الرهن تصرف قانونى يرتب للدائن حقًا عينيًا تبعيًا على العقار يمكنه من استيفاء حقه من ثمنه ، فإذا لم يكن الراهن مالكاً للعقار المرهون ، فإن الرهن لن يرتب آثاره القانونية والغرض المقصود منه .

ونعرض فيما يلى لبعض الصور التى ترتبط بهذا الشرط ، وهى : رهن ملك الغير ، الرهن الصادر من المالك الظاهر ، رهن المالك تحت شرط ، الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى ، رهن البناء المقام على أرض الغير ، رهن العقار المملوك على الشيوع .

الغصن الأول
رهن ملك الغير

« إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الاقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه مملوكًا للراهن » (١) .

ويتضح من المذكرة الايضاحية أن المشرع أراد أن يوحد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهناً رسميًا ورهن ملك الغير حيازة لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع . وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) كما يجيزه اقرار المالك

(١) م ١٠٣٣ مدنى .

الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن ، ومقتضى ذلك أن هذا الرهن يكون باطلاً بطلاناً نسبيًا . ولكن البطلان هنا خاص أنشأه المشرع ووضع له أحكاماً خاصة خروجاً على القواعد العامة ، ولمعرفة تلك الأحكام يجب أن نميز بين أثر الرهن فى العلاقة ما بين المتعاقدين الراهن والدائن المرتهن ، وأثره بالنسبة للمالك الحقيقى .

١- ينشأ عقد الرهن فيما بين الراهن والدائن المرتهن قابلاً للابطال شأنه شأن بيع ملك الغير ، ومعنى ذلك أن الرهن ينعقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، ولكن يكون للدائن المرتهن الحق فى طلب ابطاله ، استناداً إلى أن العقار المرهون مملوك لشخص غير الراهن ، سواء أكان يجهل وقت ابرام الرهن أن العقار المرهون غير مملوك للراهن ، أو كان يعلم . ويقتصر الحق فى طلب الابطال على الدائن المرتهن وحده لأن البطلان وضع لمصلحته . ولا يجوز للراهن أن يتمسك به .

ويسقط الحق فى طلب الابطال إذا أجازه المرتهن صراحة أو ضمناً ، إلا أن هذه الاجازة لا تصحح العقد لأنه لا يزال بعد الاجازة رهناً لملك الغير ، ولا يكون الرهن غير نافذ فى مواجهة المالك الحقيقى ، ولا يرتب حقاً عينياً على العقار .

٢- أما بالنسبة للمالك الحقيقى ، يكون الرهن عديم الأثر بالنسبة له، فهو غير نافذ فى مواجهته ولا يحتج به عليه ، ولا تنصرف إليه آثار العقد ، وله أن يتجاهله كلية (١).

وينقلب رهن ملك الغير صحيحاً فى حالتين :

الأولى : إذا أقر المالك الحقيقى الرهن ، ويترتب على هذا الاقرار سقوط حق الدائن المرتهن فى طلب ابطاله ، ونفاذ الرهن فى مواجهة المالك ، حيث يصبح العقد صحيحاً من وقت وجوده ، وينشأ حق رهن على العقار المملوك له ، لمصلحة الدائن المرتهن .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢١٦ .

ويشترط أن يتم الاقرار فى ورقة رسمية ، لأن الرسمية شرط فى عقد الرهن ذاته وذلك حماية للدائن المرتهن وحمله على التروى قبل الاقدام على التصرف ، لذا تعتبر الرسمية ركناً فى الاقرار لا يقوم بدونها .

ولا يترتب على اقرار المالك للرهن اضرار بالغير الذى يكون قد كسب حقاً على العقار المرهون قبل صدور الاقرار ، فإذا كان الغير قد تقرر له حقاً عينياً تم شهره على العقار المرهون ، قبل صدور الاقرار ، فإن الرهن الذى أقره المالك لا يكون نافذاً فى حق هذا الغير ، ولو كان الرهن مقيداً قبل شهر حق الغير .

الثانية : إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، ويترتب على ذلك أن الرهن يصبح صحيحاً ، وينشأ حق رهن على العقار لمصلحة المرتهن ، إلا أن ذلك لا يتحقق بأثر رجعى ، بل يتم من وقت انتقال الملكية إلى الراهن . وعلى هذا لا يسرى هذا الرهن فى مواجهة الغير الذى اكتسب حقاً على العقار المرهون قبل انتقال ملكيته إلى الراهن .

الغصن الثانى

الرهن الصادر من المالك الظاهر

المالك الظاهر هو الشخص الذى يظهر بمظهر المالك ، وهو ليس بمالك حقيقى . فإذا قام هذا الشخص برهن العقار ، فإن الرهن الصادر منه هو رهن ملك الغير ، وينبغى أن يكون قابلاً للابطال ، ولكن المشرع خرج على هذه القواعد واعتبر هذا الرهن صحيحاً ، حماية للأوضاع الظاهرة [(1)] ، وذلك حرصاً على الاستقرار والثقة فى التعامل. وتتمثل أهم صور المالك الظاهر فى : الوارث الظاهر ، المالك بسند صورى ، الاسم المستعار .

---

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لصحة ونفاذ رهن العقار الصادر من غير مالك وفقاً لنص المادة ٧٩ مكررة من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ١٠٧ من القانون المختلط الملغى توافر شرطين ، الأول أن يكون الرهن قد صدر من شخص وضع يده على العقار المرهون مدة الخمس سنوات السابقة على الرهن وضعاً مستوفياً للشروط المؤدية إلى كسب =

(أ) الوارث الظاهر:

الوارث الظاهر أو الموصى له الظاهر هو من ينظر إليـــه الناس على أنه الوارث الحقيقى لظهوره بذلك المظهر ، وهو ليس كذلك فى الحقيقة والواقع. ويتحقق ذلك من الناحية العملية حين تؤول التركة إلى وارث يتضح بعد ذلك أنه محجوب بوارث أقرب منه إلى المتوفى .

يرى جمهور الفقه أن الرهن الصادر من الوارث الظاهر يعتبر صحيحًا ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك به فى مواجهة الوارث الحقيقى ، بشرط أن يكون هذا الدائن حسن النية لوقوعه فى غلط شائع عند عامة الناس ، ولم يكن يعلم بأن الراهن غير وارث حقيقة ، ولا يستطيع أن يعلم ذلك .

وذلك استناداً إلى قاعدة « الغلط الشائع يولد الحق » المقصود منها حماية الثقة فى التعامل والغير حسن النية وتشجيع الائتمان . وقد تبنى المشرع هذا الاتجاه من خلال حماية الأوضاع الظاهرة ، فهو قد اعتمد النيابة الظاهرة، واعتد بالوفاء للدائن الظاهر (١) .

(ب) المالك بسند صوري:

الصورية موقف ظاهر غير حقيقى يستر موقفًا خفياً ، فإذا كنا بصددعقد نجد هناك عقدين : عقد ظاهر وهو العقد الصورى وآخر مستتر وهو العقد الحقيقى ويطلق عليه ورقة الضد . والصورية قد تكون نسبية ، وقد تكون مطلقة . تتمثل الصورية النسبية فى اخفاء حقيقة التصرف فى صورة تصرف آخر ، أى أن العقد الظاهر يستر عقداً خفياً مغايراً له سواء فى النوع ، أو فى الشروط والأركان ، أو فى شخصية أطرافه . أما الصورية المطلقة فتتناول وجود التصرف فى ذاته ، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، مثال

= الملك بالتقادم ، بأن تكون حيازته ظاهرة هادئة مستمرة لا غموض فيها وبصفة مالك ، بل يجب أن يكون لديه أسباب قوية أوجبت اعتقاده ملكية الراهن . واذن فمتى كان الرهن قد صدر من شخص يضع يده بسبب معلوم غير أسباب التملك كالنائب والمستعير فإن الرهن يكون باطلاً ولا يسرى حكم المادة المشار إليها . نقض ١٩٥٥/٥/١٩ الطعن ٤٥ س ١٢ق.

(١) م ١٠٧ ، ٣٣٣ مدنى .

ذلك أن يلجأ المهدد بالحجز على أمواله إلى بيع عقار لأحد أصدقائه ، ويتفق معه على أن البيع صورى محض وأن العقار ما يزال على ملكه ، ويأخذ من صديقه اقراراً بذلك ، ويسمى هذا الاقرار بورقة الضد .

ويعتبر المشترى بالعقد الصورى ، فى نظر الغير ، هو المالك الحقيقى للعقار ما دام قد سجل عقد الشراء ، ويحق للغير التمسك بالتصرف الصورى على أنه هو التصرف الحقيقى طالما كان حسن النية .

فإن رهن المالك الصورى العقار لشخص لا يعلم أنه غير مالك حقيقة ، وجب اعتبار الرهن صحيحاً كأنه صادر من المالك . ويستطيع الدائن ، متى كان حسن النية ، أن يتمسك بهذا الرهن ، لا قِبل المالك الظاهر وحده ، بل أيضاً قبل المالك الحقيقى ومن تعامل معه (١).

وإذا صدر الرهن من المالك الحقيقى (البائع الصورى) ، كان للدائن المرتهن منه أن يتمسك بالعقد المستتر الذى يبقى الملكية للبائع . وفى حالة التعارض بين الرهن الصادر من المالك الصورى ، والرهن الصادر من المالك الحقيقى ، تكون الأفضلية للأول ، أى أن المرتهن من غير المالك يفضل على المرتهن من الملك الحقيقى .

وتعرب تلك الأحكام عن رغبة المشرع فى حماية الوضع الظاهر(٢)، والثقة المشروعة التى أحدثها العقد الظاهر .

(جـ) الاسم المستعار:

الاسم المستعار نوع من أنواع الصورية النسبية ، حيث تقع الصورية فيه

---

(١) وهذا تطبيق لنص المادة ٢٤٤ التى تقرر أنه « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى » .

« إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين ».

نقض ١٩٨٨/٥/٨ س٣٩ جـ ٢ ص ٩١٣ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ س٣٨ جـ ٢ ص ٨٩٢ .

على أحد طرفى العقد كما لو تم الشراء باسم شخص ، إلا أنه فى الحقيقة لحساب شخص آخر ، فيكون اسم الشخص الظاهر فى العقد اسمًا مستعاراً ، فهو مالك ظاهر وليس مالك حقيقى . وتنطبق عليه نفس الأحكام السابقة الخاصة بالرهن الصادر من المالك بسند صورى لنفس الاعتبارات السابق ذكرها .

وعلى ذلك يكون الرهن الصادر من الاسم المستعار صحيحًا متى كان الدائن المرتهن حسن النية .

الغصن الثالث
رهن المالك تحت شرط

قد يصدر الرهن من مالك العقار تحت شرط واقف أو فاسخ ، هنا يكون الرهن صحيحًا ، إلا أن مصيره يرتبط بمصير الشرط .

فإذا كانت ملكية الراهن للعقار المرهون معلقة على شرط واقف صح رهنه ، إلا أنه يكون معلقًا على ذات الشرط ، فإذا تحقق الشرط ، تأكد الرهن ، واعتبر أنه صادر من مالك العقار المرهون ، منذ نشوئه ، وفقًا لفكرة الأثر الرجعى . أما إذا تخلف الشرط ، فإن سند ملكية الراهن يزول بأثر رجعى ، ويعتبر الرهن الصادر منه رهنًا لملك الغير .

وإذا كان الراهن مالكًا للعقار المرهون تحت شرط فاسخ ، فإن الرهن يقع صحيحًا ، ولكن مصيره معلق بالشرط . فإذا تخلف الشرط استقر الرهن نهائيًا لزوال ما كان يتهدده ، أما إذا تحقق الشرط ، فإن سند ملكية الراهن يزول بأثر رجعى ، ويعتبر الرهن واقعًا على ملك الغير ، ولا يسرى فى مواجهة المالك الذى آل إليه العقار، ما لم يكن الدائن المرتهن حسن النية كما سنرى فيما يلى :

الغصن الرابع
الرهن الصادر من مالك
زالت ملكيته بأثر رجعى

« يبقى لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » (١) .

يقرر النص حكمًا يخالف القواعد العامة التى تقضى بأنه يترتب على زوال الملكية بأثر رجعى ، زوال التصرفات التى قررها المالك على المال الذى زال ملكيته ، واعتبارها كأن لم تكن . فإذا قام المالك برهن العقار ، ثم زالت ملكيته عن العقار المرهون بأثر رجعى ، ترتب على زوالها زوال الرهن هو أيضًا بأثر رجعى .

مؤدى ذلك أن النص يعتبر الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى صحيحًا ، وذلك حماية للدائن المرتهن حسن النية ، ورغبة فى تشجيع الائتمان . ويشترط لاعمال هذا الحكم توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون وقت انشاء الرهن:

إن الحماية التى يقررها النص قاصرة على الرهن الصادر من مالك العقار المرهون وقت انشائه ، وإن زال سند ملكية الراهن بعد ذلك بأثر رجعى . أما إذا كان الرهن صادرًا عن غير مالك ، فلا يتوافر هذا الشرط ، بل تطبق قواعد رهن ملك الغير .

وعلى ذلك لا ينطبق النص على الرهن الصادر من مجرد حائز للعقار لا سند له ، كما لو كان واضعًا يده على العقار بنية تملكه وقام برهنه قبل اكتمال مدة كسب الملكية بالتقادم ، وكذلك إذا كان الراهن قد اشترى

---

(١) م ١٠٣٤ مدنى .

العقار المرهون ورهنه قبل تسجيل عقد شرائه . وكذلك الحال إذا كان سند ملكية الراهن مزوراً أو باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ويجب أن يكون سند ملكية الراهن قائماً وقت الرهن ، ولا يعتبر كذلك المالك الذى يفقد ملكيته للعقار المرهون قبل رهنه ، سواء لأنه نقلها إلى الغير، أو لأن شخصاً من الغير كسبها بالتقادم المكسب .

٢- أن تزول ملكية الراهن بأثر رجعى :

يجب أن تزول ملكيـة الراهن ، بعـد ابرام الرهن ، للعـقـار المرهون بأثر رجعى ، ويتم ذلك إذا زال السند الذى تملك به بأثر رجعى . وتتعدد أسباب زوال الملكية ، فقد يكون السند الذى اكتسب به العقار قابلاً للابطال لعيب من عيـوب الارادة ثم تقـرر ابطاله ، أو يكون السند صـحيـحًا إلا أنه يقـضى بفسخه نتيجة اخلال المالك بالتزاماته المتولدة عنه ، كما لو كان قد اشترى العقار المرهون ولم يقم بسداد باقى الثمن . وكذلك الحال إذا كان الراهن قد تلقى العقـار بهبة ثم رجع فيهـا الواهب ، بعد الرهن ، لسبب من الأسباب القانونية . ونفس الحكم فى حالة زوال الملكية بالشفعة، فمن المقرر بقاء الرهن الصادر من المشترى والمقيد قبل تسجيل الشفيع رغبته فى الشفعة (١) .

ففى الفروض السابقة تزول ملكية الراهن بأثر رجعى ، وتعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، لذا لا ينطبق الحكم فى حالة زوال ملكية الراهن بأثر فورى أى بالنسبة للمستقبل فحسب ، كما لو باع العقار المرهون أو وهبه ، ففى هذه الحالة ينتقل العقار محملاً بالرهن ، إلى مكتسب الملكية ، شرط أن يكون الرهن مقيداً قبل انتقال الملكية .

والمقـصـود بالأثر الرجعى هنا هو ذلك الذى يترتب بحكم القانون ، «أيًا كان سبب زوال الملكية ، أو وسيلة هذا الزوال ، فيجوز أن يتم اتفاقًا أو قضاء ، وإذا تم اتفاقًا بناء على سبب كان يبرر الحكم بزوال السند ، فإن هذا الاتفاق

---

(١) م ٩٤٧ مدنى . شمس الوكيل ص ١٣٢ .

لا يعـد تقـايلاً ، بل أن الازالة هنا تكون بالابطال أو الفـسخ أو الالغـاء أو الرجوع. ومن ثم يترتب الأثر الرجعى بنص القـانون ، ويتحتم تطبيق المادة ١٠٣٤ ، إذ يكون حينئذ - غرض الطرفين من الاتفاق هو تحاشى الالتجاء إلى القضاء وتوفير الوقت والمصروفات » .

وعلى العكس من ذلك ، لا ينطبق الحكم إذا زالت ملكيـة الراهن بأثر رجعى بحكم الاتفاق ، « كما فى التقايل ، فإنه إذا اتفق المشترى مع البائع على التقايل من البيع بأثر رجعى ، فإن تقايلهما يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع وكأن البيع لم يكن . وهذا الأثر الرجعى بحكم الاتفاق لا يؤثر فى صحة الرهن الصادر من المشترى قبل التقايل ، ويعود العقار محملاً بالرهن إلى البائع » .

٣- أن يكون الرهن مقيداً قبل زوال سند ملكية الراهن :

« ذلك أن الشخص الذى تؤول إليه الملكية بعد زوالها عن الراهن ، يعتبر من الغير بالنسبة للرهن ، وبالتالى فلا يحتج عليه بالرهن إلا إذا كان مقيداً ، فإذا كان زوال الملكية قد تم بالتراضى أى بالاتفاق بين الراهن وبين الشخص الذى عـادت إليه الملكية ، فيجب أن يكون الرهن قد قيد قبل تسجيل هذا الاتفاق ، حتى يحتج به على المالك .

أما إذا كان زوال الملكيـة قد تم بحكم من القـضاء قضى بابطال سند الملكية أو فسخه ، وكان رافع دعوى الابطال أو الفسخ قد شهر صحيفة هذه الدعوى عند اقامتها ، فيجب للاحتجاج عليه بالرهن أن يكون الرهن مقيداً قبل شهر صحيفة الدعوى وذلك عملاً بالمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى التى لا تجعل هذا الشهر حجة على الغير الذى كسب حقه قبله » .

٤- أن يكـون الدائن المـرتهن حسن النية وقت ابرام الرهن :

يشترط لاسباغ الحماية على الدائن المرتهن ، وذلك من خلال الابقاء على الرهن رغم زوال ملكيـة الراهن ، أن يكون هذا الدائن حسن النية ، أى يجهل بأن سند ملكية الراهن مهدد بالزوال بأثر رجعى ، أما إذا كان عالماً بما يهدد هذا السند أو كان عنده شك فى ذلك ، فإنه يكون سئ النية .

ويعتبر الدائن سيئ النية ، رغم جهله لما يهدد سند الراهن ، إذا كان فى استطاعته أن يعلم بذلك ، إلا أن الأمر فات عليه نتيجة تقصير فاحش من جانبه . فالجهل الناشئ عن الخطأ الجسيم يستوى مع سوء النية فى الحكم . « ويلزم لاعتبار الدائن حسن النية أن يكون يقظاً فى معاملته بقدر يقظة الشخص العادى . فليس معنى حسن النية أن يجهل الدائن المرتهن ما فى مصلحته أن يعرفه ، بل أن يفشل فى معرفة الحقيقة بالرغم من بذله محاولات جدية لاستقصائها ، وبعبارة أخرى ، الدائن حسن النية هو الذى ، بالرغم من تعمقه فى بحث مستندات المدين ، كان ضحية المظاهر الخادعة التى كانت تحيط بهذه المستندات » .

وتطبيقاً لما تقدم فإن الدائن المرتهن لا يكون حسن النية إذا كان عقد البيع سند ملكية الراهن قد ذكر فيه أن الثمن لم يدفع بالكامل ، أو كان مدرجاً فيه شرطاً فاسخاً صريحاً . لأن الشخص العادى ينبغى أن يتوقع أن الملكية مهددة بالزوال فى مثل هذه الحالات . فحسن النية معناه جهل المرتهن بأن سند الرهن مهدد بالزوال ، ومعيار الجهل هنا موضوعى وليس شخصياً ، ويقصد به أن الدائن لم يعلم ولم يكن بمقدوره أن يعلم احتمال زوال ملكية الراهن .

وحسن النية مفترض أصلاً ، ومن ثم يعتبر الدائن المرتهن حسن النية ، وعلى من يدعى سوء نيته اثبات ذلك . وتقرير حسن النية أمر خاضع لتقدير القاضى . ويستقل قاضى الموضوع باستخلاص سوء النية من ظروف الحال متى أقام استخلاصه على أسباب من شأنها أن تؤدى عقلاً إلى ما انتهى إليه فى هذا الخصوص ، وهو لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، إلا من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية .

وقد أقام المشرع فى قانون الشهر العقارى قرينة قانونية قاطعة ينتفى معها حسن نية الدائن المرتهن .

فينص على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى

يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الالغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » .

وينص على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من يترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » (١) .

يتضح من هذين النصين أنه إذا رفعت دعوى بالطعن فى سند ملكية الراهن بالبطلان أو الفسخ أو الرجوع ، وتم تسجيل هذه الدعوى أو التأشير فى هامش تسجيل سند الراهن ، فإن الرهن الذى يرتبه المالك المدعى عليه على العقار لا يسرى في حق المدعى ، لأن الدائن المرتهن يعتبر سيئ النية ، حيث أقام المشرع قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على أن المرتهن يعلم برفع الدعو ى، أو كان باستطاعته أن يعلم بها إذا اطلع على سند ملكية الراهن .

أما إذا كان قد تم ترتيب الرهن وقيده قبل شهر الدعوى المرفوعة على الراهن ، فإن الرهن يظل نافذاً فى حق رافع الدعوى متى كان الدائن المرتهن حسن النية عند ابرام عقد الرهن . مؤدى ذلك أن مجال البحث عن حسن نية المرتهن قاصر على فرض نشأة الرهن وقيده قبل شهر دعوى الطعن فى سند ملكية الراهن ، أما الرهن الناشئ بعد ذلك ، فإن المشرع قد اعتبر الدائن المرتهن سيئ النية ، سواء كان قد علم وقت الرهن بوجود تلك الدعوى أو لم يعلم ، فقد أقام المشرع قرينة على علم المرتهن برفع الدعوى أى بما يهدد ملكية الراهن بالزوال .

أثر توافر الشروط السابقة :

يترتب على توافر الشروط السابقة بقاء الرهن رغم زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، ويعود العقار إلى مالكه الأصلى محملاً بالرهن ، أى أنه يحتج

---

(١) م ١٥ ، ١٧ .

بالرهن على هذا المالك لأنه يكون نافذاً فى مواجهته ، ويستطيع الدائن المرتهن، فى حالة عدم الوفاء بالدين المضمون أن ينفذ على العقار المرهون تحت يد مالكه .

وتبرر المذكرة الايضاحية ذلك الوضع الفريد بأنه « يمكن القول أن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال أن الرهن الرسمى ، كما يكسب بالعقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك فى أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية . وعلى كل حال يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار ، لا الشخص الذى يصدر منه الرهن ، هو الراهن ، وهو الذى يتخذ الدائن المرتهن ضده اجراءات نزع الملكية ، أو يستمر فى اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الاجراءات ضدمن صدر منه الرهن .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهوناً فى دين ليس فى ذمته ، ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذى رتب الرهن وهذا هو الكفيل العينى ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار فى ملكيته وهذا هو مركز المالك الذى يسرى فى حقه الرهن الصادر من غير مالك كما فى الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار فى ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون وهذا هو الحائز للعقار . ويحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التى تطبق فى كل حالة » .

ويضاف إلى هذين الرأيين الواردين بالمذكرة الايضاحية ، رأيان آخران . الأول يرى « أن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقى بعد زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، إذ الراهن يعتبر مالكاً ظاهراً فى هذا الفرض . وهذه حيلة شرعية تفترض بقاء المال على ملك الراهن » .

ويفسر الرأى الثانى « بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من اطلاق الأثر الرجعى لزوالها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع فعلاً فى المادتين ١٥ ،

١٧ من قانون الشهر العقارى حماية لأصحاب الحقوق العينية التى تم كسبها بحسن نية قبل زوال الملكية . فإذا روعيت الحماية المقررة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، لم تكن المادة ١٠٣٤ استثناء للقواعد العامة ، بل تطبيقاً لقاعدة عامة جديدة بموجبها يحد المشرع من الأثر الرجعى لزوال الملكية بما لا يؤثر فى حقوق الغير حسن النية » .

الغصن الخامس

رهن البناء المقام على أرض الغير

« أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له . ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيًا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها » (١) .

يضع النص قرينة بسيطة مؤداها أن مالك الأرض يمتلك كل ما يوجد أو يقام عليها من مبانى ومنشآت ، إلا أنه يجوز اثبات عكس ذلك حيث قد تنفصل ملكية البناء عن ملكية الأرض ، كما لو خول المالك أجنبيًا (مستأجر الأرض أو صاحب حق الانتفاع عليها أو مجرد الحائز لها) ملكية المنشآت الموجودة على الأرض ، أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها.

فهل يجوز لمالك المبانى المقامة على أرض الغير أن يرهن هذه المبانى؟

يجيب المشرع على ذلك بقوله «يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها . وفى هذه الحالة يكون للمرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك

---

(١) م ٩٢٢ مدنى .

الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق »[1] .

يجيز النص رهن البناء المقام على أرض الغير ، إلا أن مصير هذا الرهن يرتبط بمصير ملكية الراهن التى تعتبر ذات طبيعة مؤقتة حيث يمكن أن يزول المبنى أو تنتقل ملكيته إلى مالك الأرض وفقاً لأحكام الالتصاق .

- ففى خلال المدة التى يكون فيها الراهن مالكاً للبناء المرهون ، ينتج الرهن كافة آثاره القانونية . فإذا حل أجل الدين أثناء هذه المدة ، جاز للدائن المرتهن أن يباشر اجراءات التنفيذ على المبنى ويقتضى حقه من ثمنه حسب مرتبة رهنه . ويجوز له ، إذا بيع المبنى اختياراً أن يتتبعه للتنفيذ عليه فى مواجهة الحائز (المشترى) .

- وإذا انتهت ملكية الراهن للبناء المرهون قبل حلول أجل الدين ، تبعاً لانتهاء حقه فى الانتفاع أو فى الايجار أو فى الحيازة ، فإن البناء يؤول إلى مالك الأرض طبقاً لأحكام الالتصاق . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع البناء تحت يد مالك الأرض ، نظراً لأن حقه قد تعلق بملكية مؤقتة ، ومن ثم يفقد هذا المرتهن حقه فى التتبع ، وتبقى له فقط ميزة التقدم فى استيفاء حقه من التعويض الذى يدفعه مالك الأرض لصاحب البناء ، أو من ثمن الأنقاض فى حالة هدم البناء .

وإذا كان هناك اتفاق بين ماك الأرض ومالك المبنى على أن يتملكها الأول دون مقابل فى نهاية المدة ، انقضى كل حق للدائن المرتهن ، ويصبح مجرد دائن عادى ، فهو يفقد التتبع لأن ملكية المبنى المرهون مؤقتة ، ويفقد التقدم لعدم وجود مال يتقدم عليه .

وتعبر المذكرة الايضاحية عن تلك الأحكام بقولها « إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محدداً بحقوقه ، ليبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية

---

(1) م ١٠٣٧ مدنى .

بالالتصاق، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى . وإذا نزعت المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأنقاض . وهذه حالة من حالات الحلول العينى التى نص عليها المشرع » .

ويرى الفقه أنه « يجب التفرقة بين حالتين :

الأولى إذا حل أجل الوفاء بالدين قبل استبدال المبانى بمبلغ التعويض أو ثمن الأنقاض كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى التقدم على هذه المبالغ بمقتضى حقه فى الرهن مباشرة .

الثانية إذا تم استبدال المبانى القائمة بمبلغ التعويض أو ثمن الأنقاض قبل حلول الدين ، فإن هذه المبالغ تحل محل المبانى فى ضمان الوفاء بالدين الذى لم يحل أجله بعد ، ويعتبر هذا تطبيقاً للحلول العينى » .

الغصن السادس

رهن العقار المملوك على الشيوع

« يكون العقار مملوكًا على الشيوع إذا ملكه أكثر من شخص دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه . ويملك كل شريك فى الشيوع حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء [1] » .

« يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى

(١) م ٨٢٥ ، ٨٢٦ مدنى .

الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يومًا من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » [(١)] .

يتضح من ذلك أن العقار الشائع يمكن رهنه من قبل جميع الشركاء ، وقد يرهن العقار الشائع أحد الشركاء ، وقد يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو يرهن جزءاً مفرزاً فيه .

(أ) الرهن الصادر من جميع الشركاء :

يجوز للشركاء على الشيوع مجتمعين رهن العقار الشائع . ويجوز أن يصدر الرهن كذلك من أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار [(٢)] . ويعتبر الرهن الصادر من جميع الشركاء أو من أغلبيتهم ، صحيحًا ونافذاً فى حق الجميع ، بما فى ذلك الأقلية التى عارضته ما دامت تلك المعارضة لم تلق تأييداً من القضاء . ويستوى أن يكون الرهن قد ورد على كل العقار الشائع أو على حصة شائعة أو مفرزة منه .

ويثور التساؤل عن مصير الرهن بعد القسمة ؟

لا يتأثر الرهن بنتيجة القسمة ، ويظل صحيحًا ونافذاً بعد القسمة أيًا كانت نتيجتها . فإذا اقتسم الشركاء العقار الشائع قسمة عينية ، وحصل كل منهم على حصة مفرزة منه ، فإن هذه الحصة التى تؤول إلى كل شريك تظل مثقلة بالرهن . بحيث تضمن ، وفقًا لمبدأ عدم التجزئة ، الوفاء بكل الدين .

« وإذا اختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون على أثر القسمة العينية أو لأن العقار بيع بالمزاد ورسا المزاد عليه ، فإن العقار يظل مع ذلك محملاً بالرهن كاملاً ، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه ، على أن يرجع هو على

---

(١) م ١٠٣٩ مدنى .

(٢) م ٨٣٢ مدنى .

جميع شركائه السابقين وفقاً لأحكام الضمان فى القسمة . وذلك بالطبع ما لم يكن قد روعى ذلك فى القسمة أو فى تقدير ثمن العقار » .

أما إذا انتهى الشيوع بقسمة تصفية ، ورسا المزادعلى أجنبى عن الشركة ، فإن ذلك يكون بيعاً من جميع الشركاء الراهنين للعقار ، وتنتقل ملكية العقار إلى المشترى مثقلة بالرهن طبقًا للقواعد العامة . إلا أنه ينبغى ملاحظة أن تسجيل حكم ايقاع البيع أو التأشير به يطهر العين من الرهون ، ويستعمل الدائن المرتهن حقه فى التقدم على الثمن (١) .

(ب) رهن أحد الشركاء لحصة شائعة :

يملك الشريك على الشيوع حصة فى العقار الشائع ملكاً تامًا ، وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات بما فى ذلك الرهن . ومن ثم فإذا رهن الشريك حصته شائعة ، فإن رهنه يكون صحيحاً ونافذاً .

فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن قبل قسمة العقار الشائع ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على حصة الشريك المرهونة وأن يبيعها بالمزاد العلنى وتنتقل ملكية هذه الحصة إلى الراسى عليه المزاد بتسجيل حكم مرسى المزاد، ويحل محل الشريك الراهن ، ويصبح بذلك شريكاً على الشيوع مع باقى الشركاء .

أما إذا تمت القسمة قبل تنفيذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة الشائعة المرهونة ، فإن مصير الرهن يتوقف على حسب احتمالات القسمة .

١- فإذا آل إلى الراهن بعد القسمة جزء مفرز من العقار مساو للحصة الشائعة المرهونة، فإن الرهن يتركز على هذا الجزء المفرز الذى آل إليه ، ويكون للدائن أن ينفذ عليه دون غيره من أجزاء العقار .

٢- وإذا اختص الراهن بكل العقار أو بجزء منه يزيد على الحصة الشائعة

---

(١) م ٤٤٨ ، ٤٥٠ ، ٤٦٣ ، ٤٦٨ مرافعات .

المرهونة ، فإن حق الدائن المرتهن يقتصر على الحصة الشائعة التى كانت محلاً للرهن .

٣- وإذا وقع فى نصيب الراهن بعد القسمة عقارات أخرى غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . وفى ذلك تطبيق لمبدأ الحلول العينى . ويتم تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة من القاضى بناء على طلب الدائن المرتهن .

ويشترط لاحتفاظ الرهن بمرتبته التى اكتسبها من تاريخ القيد الأول الوارد على الحصة الشائعة ، أن يقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يومًا من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . أما إذا تأخر القيد عن هذا الميعاد ، فإن مرتبة الرهن لا تكون إلا من تاريخ القيد الجديد .

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين . ومعنى ذلك أن الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع ، قبل القسمة ، يتقدم فى المرتبة على الرهن الصادر من أحد الشركاء حتى ولو كان هذا الرهن الأخير سابقاً على قيد الرهن الأول .

ويتقدم الامتياز المقرر للشركاء الآخرين ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة ، ويسمى بامتياز المتقاسم ، على الرهن الصادر من أحد الشركاء أثناء الشيوع ، بالرغم من أن حق الامتياز متأخر فى المرتبة .

٤- وقد لا يقع فى نصيب الراهن أى جزء من العقار المرهون حصته فيه ولا فى غيره من العقارات ، ولكنه يختص ببعض المنقولات ، فما هو مصير الرهن فى هذه الحالة ؟

يذهب البعض إلى أن الرهن لا ينتقل لأن المنقول لا يصح أن يكون محلاً للرهن الرسمى ، ويفقد الدائن حقه فى الرهن نتيجة القسمة . ويؤدى انقضاء الرهن إلى سقوط أجل الدين ، إلا أن الراهن يستطيع تجنب سقوط الأجل بتقديم تأمين آخر كافى .

ولكن العدالة تقتضى القول بأن الرهن ينتقل إلى المنقولات ويتحول إلى رهن حيازى عليها ، قياسًا على مبدأ الحلول العينى المقرر لصالح الدائن المرتهن . « وبناء على ذلك يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه المنقولات ليستوفى حقه من ثمنها إذا كان دينه قد حل أجله ، فإن لم يكن دينه قد حل كان له أن يطالب بتسلمه المنقولات لحيازتها أو تسليمها إلى عدل يحوزها لحسابه » .

٥- أما إذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن ، بالقسمة ، شيئًا من الأموال العقارية أو المنقولة ، وإنما اختص بمبلغ من النقود ، كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى التقدم على هذا المبلغ ليستوفى دينه المضمون بالرهن، وذلك بمقتضى حق الرهن ذاته . فإذا كان حق الدائن لم يحل أجله، فإنه يصبح مستحق الأداء على أساس ضياع التأمين الذى كان يضمنه حيث لم يؤول إلى الراهن شيئًا من العقار الشائع .

ويستطيع الراهن أن يتجنب سقوط أجل الدين بتقديم تأمين آخر اضافى، أو يتفق مع الدائن المرتهن على ايداع المبلغ والتعاون على استغلاله حتى يحل أجل الدين ، فيستوفى منه ، أى أن الرهن الرسمى يتحول إلى صورة من صور رهن الدين[1] .

(جـ) رهن الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع :

يجب لمعرفة حكم رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع ، التمييز بين الحكم قبل القسمة ، والحكم بعد القسمة .

١- فقبل القسمة ، يكون الرهن غير نافذ فى حق باقى الشركاء ، لأن حق كل منهم يتعلق بالجزء الذى تم رهنه باعتباره شائعًا بينهم جميعًا ، فالشريك على الشيوع لا يجوز له أن يتصرف فى جزء مفرز من المال الشائع ولو كان معادلاً لحصته لأن ذلك يعد مجاوزة لحدود حقه واعتداء على حقوق شركائه التى تنتشر فى كل جزئيات المال .

---

(١) م ١١٢٨ مدنى .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط إذا كان لا يعلم أن الراهن يملك الحصة المرهونة على الشيوع . أما إذا كان يعلم بحالة الشيوع ، فإنه لا يستطيع طلب الابطال للغلط ، ويكون الرهن صحيحاً بين طرفيه ، إلا أن نفاذه يكون موقوفاً على نتيجة القسمة .

٢-وإذا وقعت القسمة ، واختص الشريك الراهن بالجزء المرهون بالفعل ، فإن الرهن يستقر نهائياً على هذا الجزء ويصبح نافذاً وينتج آثاره كاملة ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن بعد ذلك .

أما إذا لم يقع الجزء المرهون فى نصيب الراهن ، وإنما وقع فى نصيبه عند القسمة جزء أو أعيان أخرى غير التى رهنها ، فإن الرهن ينتقل إلى ما وقع فى نصيب الراهن ، أى أن المال الذى يؤول إلى الراهن يحل محل الجزء المرهون أصلاً حلولاً عينيًا . ويجوز للدائن المرتهن ابطال الرهن على أساس الغلط إذا كان يجهل وقت ابرام الرهن أن الراهن يملك الجزء المرهون على الشيوع .

وقد نص المشرع على ذلك فى القواعد العامة للتصرف فى الملكية الشائعة ، حيث قضى بأنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » (١) .

وقد طبق المشرع تلك القواعد على الرهن وذلك من خلال التسوية فى الحكم بين رهن الجزء المفرز ورهن الحصة الشائعة من حيث تطبيق فكرة الحلول العينى بعد القسمة ، وذلك كما عرضنا من قبل (٢) .

وبناء على ذلك يعين القدر الذى ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة

---

(١) م ٨٢٦ مدنى . أنظر مؤلفاتنا فى الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ٢٠٠٠ .

(٢) وذلك فى المادة ١٠٣٩ مدنى . أنظر ما سبق ص ٢٣٢ .

يصـدره القـاضى بناء على طلب الدائن المرتهن . ويجب لاحتـفـاظ الرهن بمرتبته اجراء قيد جديد للرهن خلال تسعين يومًا من الوقت الذى يتم اخطار الدائن المرتهن بالقسمة .

(د) رهن الشريك للعقار الشائع كله :

إذا قام أحد الشركاء برهن العقار الشائع ، فإن هذا الرهن لا يكون نافذاً فى حق سائر الشركاء الشائعين ، ويظل مصيره متوقفاًعلى نتيجة القسمة .

فإذا آل العقار لمرهون إلى الشريك الراهن نتيجة القسمة أو للبيع لعدم امكان القسمة عيناً ، فإن الرهن يستقر نهائياً ويصبح نافذاً ، ويحتفظ بنفس المرتبة التى اكتسبها من القيد الأول دون حاجة إلى اجـراء قيد جديد .

وإذا اختص الراهن بجزء مفـرز من العقـار ، فإن الرهن يتـركز على هذا الجزء ، وينحسر عن بقية الأجزاء تطبيقًا للأثر الكاشف للقسـمة . ويسقط أجل الدين المضمون بسبب اضعاف التأمين ما لم يقدم الراهن تأميناً اضافياً .

وإذا وقع فى نصيب الراهن عقاراً آخر أو منقولاً أو مبلغاً من النقود ، تم تطبيق الأحكام السابقة التى تعرضنا لها بمناسبة رهن الشريك لحصته شائعة .

ويجـدر الاشـارة إلى أنه يجـوز للدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط إذا كان يجهل أن الراهـن لا يملك العين المرهـونة مفرزة .

ويرى البعض أنه يجوز للدائن كذلك ابطال الرهن بالنسبة للجزء الزائد عن حصة الشريك الراهن ، لإنه يعتبر وارداً على ملك الغير ، ويستوى فى ذلك أن يكون عالمًا أو غير عالم بأن العقار مملوك على الشيوع لعدة شركاء .

الفصل الثانى
الشكلية فى عقد الرهن الرسمى

(أ) الرسمية فى عقد الرهن :

عقد الرهن الرسمي من العقـود الشكلية التى لا يكفى لابرامها أن يتوافر التـراضى بـين طرفيها ، بل يلزم افراغ هذا التراضى فى شكل معين ، طبقاً لأوضاع ورسوم معينة .

ويعبـر المشـرع عـن ذلك بقوله : لا ينعقـد الرهن إلا إذا كـان بورقة رسمية (١) . فالرسمية ركن فى عقد الرهن وليست أداة للاثبات ، وعلى هذا لا ينعقد الرهن بمجرد التراضى مشافهة أو بورقة عرفية ، فتخلف الرسمية يترتب عليه بطلان الرهن بطلاناً مطلقاً .

والورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصاته (٢) . إلا أن هذا المعنى الواسع للورقة الرسمية لا يصلح فى مجال الرهن الرسمى ، لأن هذا الرهن لا ينعقد إلا إذا قام بتحريره موظف مختص بتحرير العقود ، وهو الموثق الذى يحرر العقد وفقاً للاجراءات التى نص عليها قانون التوثيق (٣) .

وعلى هذا فليست كل ورقة رسمية تصلح لابرام الرهن ، فالحكم أو محضر الصلح أمام القضاء ، بالرغم من كونهما أوراق رسمية ، إلا أنهما لا يكفيان لانشاء الرهن الرسمى ، لأن مثل هذه الأوراق يقوم بتحريرها موظفون غير مختصين بتحرير العقود .

والرسمية المطلوبة قاصرة على عقد الرهن نفسه ، أما الدين المضمون

---

(١) م ١٠٣١ مدنى .

(٢) م ٣٩٠ اثبات . أنظر مؤلفاتنا فى قانون الإثبات ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .

(٣) رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ .

بالرهن فيخضع للقواعد العامة فى النشأة والاثبات ، سواء كان مصدره التصرف القانونى أو الواقعة القانونية ، ولا يشترط لنشأته على أى حال افراغه فى شكل رسمى .

ويذهب البعض إلى أن الرسمية تُشترط من جانب الراهن فقط ، فالتعبير عن رضائه يجب افراغه فى الشكل الرسمى أمام الموثق ، لأن الحكمة من الرسمية هى حماية ارادة الراهن . أما بالنسبة للدائن المرتهن ، فلا تشترط الرسمية فى رضائه ، بل يجوز أن يكون فى ورقة عرفية ، أو يستخلص ضمناً من قيامه مثلاً بقيد الرهن . ويرى البعض الآخر أن المشرع يشترط الرسمية بالنسبة لرضاء الطرفين معًا لأنها ضرورية لنشأة العقد الذى لا يقوم إلا بالايجاب والقبول معًا . ولا شك أن هذا الرأى هو الأجدر بالتأييد حيث يصعب من الناحية العملية استيفاء عنصر الشكل فى الرهن دون افراغ رضاء الطرفين فى وثيقة واحدة ، أضف إلى ذلك أن الرسمية ليست لمصلحة الراهن فقط بل تحقق مصلحة المرتهن كذلك كما سنرى حيث تؤكد حقه وتضمنه.

ولا تقتصر الشكلية على العقد الرسمى بل لابد من أن يتضمن العقد بيانات معينة تتعلق بتعيين العقار المرهون والدين المضمون بالرهن ، وهذا ما يعبر عنه بتخصيص الرهن ، فهذا التخصيص هو الشرط الثانى من شروط الشكلية ، وقد عرضنا لذلك من قبل [1].

(ب) الحكمة من اشتراط الشكلية :

ينتقد البعض اشتراط الرسمية حيث لم يعد لها مبرر بعد أن تقرر نظام الشهر العقارى الذى يكفل علانية التصرفات العقارية ، أضف إلى ذلك أن الرضائية تسود عقد البيع الذى لا تقل خطورته على البائع من خطورة الرهن على الراهن. ولا يشترط المشرع الرسمية فى الرهن الحيازى مع أنه له نفس خطورة الرهن الرسمى .

---

(١) ما سبق ص ٢٢٠ .

أضف إلى ذلك ان الرسمية بما تنطوى عليه من بطء وتعقيد يتعارض مع مقتضيات سرعة الائتمان وتسهيل إجراءاته ، مما يؤدى إلى العزوف عن اللجوء إلى الرهن الرسمى فى كثير من الحالات .

إلا أن الرأى الغالب يؤكد أهمية الرسمية فى القانون المعاصر حيث تحقق أكثر من فائدة ، فبالنسبة للرهن تحقق الرسمية مصلحة لكل من الراهن والمرتهن وللرهن ذاته والائتمان العقارى بصفة عامة .

فالرسمية ترمى إلى حماية الراهن من خلال تنبيهه إلى خطورة التصرف الذى هو مقدم عليه ، حيث تتطلب الرسمية اجراءات عديدة ، والكثير من الوقت والنفقات ، وتدخل شخص آخر هو الموظف ، ويؤدى كل ذلك وإلى توفير أسباب الحرية للراهن للتدبر والتروى قبل ابرام الرهن .

وتنطوى الرسمية على فائدة للدائن المرتهن كذلك حيث تساعده على تجنب مخاطر بطلان العقد نظراً لابرامه أمام موظف مختص يتثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد ، إذ ينبغى على الموثق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم قبل اجراء التوثيق ، وله أن يرفض التوثيق إذا تبين له عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان (١) .

هذا بالاضافة إلى أن الرسمية تزود الدائن منذ ابرام العقد بسند قابل للتنفيذ يغنيه عن اجراءات التقاضى ، فى حالة عدم وفاء المدين بالدين ، عند حلول أجله .

« وتحقق الرسمية فائدة للرهن ذاته ، وللائتمان العقارى بصفة عامة ، لأنها تضمن إلى حد كبير أن يراعى فى ابرام العقد الشروط اللازمة لصحته من شروط الأهلية ، وملكية الراهن ، وتخصيص الرهن ، وضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة ، ولا يتوافر ذلك إلى درجة كبيرة إلا إذا كان العقد رسمياً . وللرسمية دور هام تؤديه فيما يتعلق بتطبيق مبدأ التخصيص ، فالتحديد الدقيق

---

(١) م ٥ ، ٦ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ .

للعقار والدين ، إذا ورد فى ورقة رسمية كانت له حجية أقوى أثراً من تلك التى تكون للسند العرفى » .

« وليس صحيحاً أن تعقد المقارنة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى ، فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية فى الرهن الحيازى ، مع أن له نفس خطورة الرهن الرسمى . ذلك أنه فى الرهن الحيازى ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفى هذا تنبيه كاف له إلى خطورة تصرفه ، أما فى الرهن الرسمى فيظل الراهن محتفظاً بالسيطرة على العقار المرهون مما قد يوحى له بأنه لم يفقد شيئاً بالرهن » .

« وليس صحيحًا ما يقال فى مقارنة الرهن الرسمى بالبيع ، من أن المشرع لم يشترط الرسمية فى البيع رغم أنه تصرف أشد خطورة من الرهن ، إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع للمشترى ، لأن فى انتقال الملكية وحده ما ينبه إلى خطورة تصرفه ، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية ، وهو غالبًا ما يعتقد أنه سيوفى الدين فى أجله فلا شئ يهدد ملكيته ، ثم يخيب تقديره بعد ذلك » .

(جـ) التوكيل فى الرهن :

« يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » (١) .

وبتطبيق ذلك النص على عقد الرهن يتضح لنا أنه لما كان المشرع يستلزم الرسمية فى عقد الرهن ذاته ، فإن الرسمية لازمة أيضًا فى عقد الوكالة . فالتوكيل فى عقد الرهن الرسمى لا ينشأ إلا إذا أفرغ هو الآخر فى الشكل الرسمى .

ويذهب البعض إلى أن الرسمية فى التوكيل لازمة بالنسبة للراهن ، أما إذا كان الموكل هو الدائن المرتهن فلا تشترط فيه الرسمية ، وذلك كما أشرنا

(١) م ٧٠٠ مدنى .

من قبل بالنسبة لاشتراط الرسمية فى عقد الرهن ذاته . إلا أننا سبق وأيدنا الرأى القائل بأن الرسمية ضرورية فى عقد الرهن سواء من جانب الراهن أو من جانب المرتهن(١) ، وكذلك الحال بالنسبة للتوكيل بالرهن.

« لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خـاص فى البـيع والرهن والصلح والاقـرار والتـحكيم وتوجـيـه اليـمين والمرافعة أمام القضاء . ٢- والوكالة الخاصة فى نوع معين من نوع الأعـمال القانونية تصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات » (٢) .

وباعمال النص على عقد الرهن يتضح لنا :

أولاً : لا تكفى الوكالة العامة لابرام الرهن لأنه من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة ، لذا يجب أن تكون الوكالة خاصة . فالوكالة التى ترد فى عبارات عامة لا تخول الوكيل سلطة ابرام الرهن .

ثانياً : يعتبر الرهن ، بالنسبة للمدين الراهن ، عملاً من أعمال التصرف وليس من أعـمال التبرع ، لذا يكفى بالنسبة له مجرد التوكيل بالرهن بصفة عامة ، وليس من الضرورى تعيين العقـار المراد رهنه أو الدين المراد ضمـانه . ومن ثم يستطيع الوكيل أن يرهن أياً من عقارات الراهن .

أما إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين (كفيل عينى) ، فإن الرهن بالنسبة له يعد - فى الأصل - من أعـمال التبـرع ، لذا يجب أن يتضـمن التـوكيل الرسـمى تخصـيص الرهن من خـلال بيـان العـقـار المرهون والدين المضمون .

(د) الوعد بالرهن الرسمى :

« الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين

---

(١) ما سبق ص ٢٦٥ .

(٢) م ٧٠٢ مدنى .

في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب ابرامه فيها ، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » [١] .

وبتطبيق ذلك النص على عقد الرهن يتضح لنا أنه يجب لصحة انعقاد الوعد بالرهن الرسمي ، أن يتم افراغه في الشكل الرسمي ، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن ذاته . وأن يتم تعيين جميع المسائل الجوهرية في الرهن ، وبصفة خاصة تخصيص العقار المرهون والدين المضمون ، ويلزم فضلاً عن ذلك أن يتضمن الوعد مدة ليبدي المستفيد فيها رغبته في ابرام الرهن .

فإذا توافرت الشروط نشأ الوعد بالرهن صحيحًا وملزمًا ، وينشأ في ذمة الواعد التزامًا باتمام عقد الرهن الرسمي الموعود به متى أظهر المستفيد رغبته في الميعاد المحدد . فإذا لم يفعل ، جاز للموعود له أن يستصدر حكمًا من القضاء بصحة الرهن ونفاذه ، ويقوم هذا الحكم ، متى كان نهائيًا ، مقام العقد ويجرى قيده .

ويعد ذلك تطبيقًا لحكم القاضي بأنه : إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبًا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد [٢] .

وإذا لم يستوف الوعد بالرهن الشكل الرسمي ، كما لو تم في ورقة عرفية مثلاً ، فإنه يكون باطلاً ، ولا يترتب أثره كوعد بانشاء الرهن الرسمي ، ولا يجوز للموعود له أن يطلب التنفيذ العيني للالتزام ، من خلال الحصول على حكم يقوم مقام العقد .

ويؤدي القول بغير ذلك إلى التهرب من شرط الشكلية الذي يستلزمه

---

(١) م ١٠١ مدني .
(٢) م ١٠٢ مدني .

القانون » وتعبر المذكرة الايضاحية عن ذلك بقولها : « إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود ابرامه على وجوب استيفاء شكل معين ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق نفسه ، ويوجه هذا النظر إلى أن اغفال هذا الاحتياط يعين على الافلات من قيد الشكل الذى يفرضه القانون ما دام أن الوعد قد يؤدى إلى اتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك ، ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن ابرام العقد الذى يرغب فى الافلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد باتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكمًا يقرر اتمام التعاقد بينهما وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » .

ولكن هل يمكن للوعد العرفى بالرهن الرسمى (الذى لم يستوف عنصر الشكل) أن يرتب بعض الآثار القانونية الأخرى ؟

يذهب البعض إلى أن الوعد بالرهن الرسمى الذى لم يفرغ فى ورقة رسمية يكون باطلاً بطلانًا مطلقًا ، ولا يترتب عليه أى أثر قانونى . ويستطيع الدائن الحصول على حق اختصاص ، وهو حق متميز عن حق الرهن ، وذلك بناء على حكم بالدين المراد ضمانه بالرهن .

إلا أن الرأى الغالب يؤيد ما ذهبت إليه المذكرة الايضاحية من أن « الوعد بابرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية ، فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى اتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقًا لمبدأ سلطان الارادة». قد يؤدى عند المطالبة بالتنفيذ إلى اتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض ، بل وإلى سقطوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » .

ويقدم الفقه تفسيراً لذلك بقوله « يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بايجاب وقبول وفقًا لمبدأ سلطان الارادة ، ورتب التزامًا شخصيًا فى ذمة

الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينًا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد . ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص يؤدى عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض » .

(هـ) ابرام عقد الرهن فى الخارج :

تختص مكاتب التوثيق الملحقة بمصلحة الشهر العقارى بتوثيق عقد الرهن الذى يتم ابرامه فى مصر [1] .

وإذا أبرم عقد الرهن بالخارج بالنسبة لعقار موجود فى مصر ، فإنه يجوز توثيق العقد أمام القنصل المصرى فى البلد المراد ابرام العقد به .

ويثور التساؤل فى هذا الصدد عما إذا كان من الجائز ابرام عقد الرهن وفقًا للشكل وطبقًا للاجراءات المقررة فى قانون بلد الابرام وأمام السلطات المحلية فيه .

يذهب البعض إلى أنه يجوز أن يخضع الرهن الرسمى ، من حيث الشكل ، لقانون البلد الذى تم فيه ، وذلك اعمالاً لحكم المادة ٢٠ التى تجيز اخضاع العقود فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ولو كان العقار موجوداً فى مصر . وعلى هذا يجوز استيفاء الشكل فى عقد الرهن الرسمى أمام موثق فى بلد ابرامه وطبقاً لقانون هذا البلد . « ولكن لا تثبت للعقد القوة التنفيذية فى مصر من تلقاء نفسه ، فيتعين على الدائن أن يحصل على أمر تنفيذه ، ما لم يكن دينه ثابتًا قبل الرهن المعقود فى الخارج بحكم واجب التنفيذ أو بعقد رسمى محرر من جهة اختصاص مصرية » .

إلا أننا نؤيد الاتجاه المستمد من المذكرة الايضاحية فى تعليقها على نص المادة ٢٠ بقولها : أن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل ، وهو الذى يُعتبر ركناً فى انعقاد التصرف ، كالرسمية فى الرهن التأمينى ، فلا يسرى عليها إلا القانون الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع » .

---

(١) القانون ٦٨/ ١٩٤٧ .

وعلى هذا فإن عقد الرهن الرسمى الوارد على عقار كائن بمصر يتم ابرامه - من حيث الموضوع - وفقًا للقانون المصرى وذلك اعمالاً للحكم القاضى بأن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار (١) . ولما كانت الرسمية ركنًا فى الرهن فإنها تخضع كذلك لأحكام القانون المصرى ، ومن ثم فإن عقد الرهن ، سواء تم فى مصر أو فى الخارج ، فإنه ينبغى توثيقه أمام موظف رسمى مصرى مختص .

(و) الجزاء على تخلف الشكل الرسمى :

الشكل ركن لانعقاد الرهن الرسمى ، وليس شرطًا لصحته أو دليلاً لاثباته ، فإذا تخلف الشكل الرسمى كان العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا ، ويمكن لكل من الراهن والمرتهن التمسك بالبطلان (٢) ، بل يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول بالاجازة .

ويبطل عقد الرهن لعدم استيفاء الشكل المطلوب ، سواء لتحريره فى ورقة عرفية بدلاً من الورقة الرسمية ، أو لعدم ذكر البيانات التى يتطلبها القانون لتخصيص كل من العقار المرهون والدين المضمون بالرهن .

والرهن الباطل غير موجود كرهن ولا يمكن اجراء قيد بناء عليه ، ولا ينشأ بمقتضاه حق رهن للمرتهن أو التزامًا فى ذمة الراهن باعتباره عقد رهن ، ولا يتخلف عنه التزام طبيعى ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يستند إلى هذا العقد الباطل لرفع دعوى صحة التعاقد ليستصدر حكمًا بثبوت العقد وصحته لأنه لم ينعقد أصلاً .

ولا يصلح الرهن الباطل أن يكون وعدًا صحيحًا بالرهن ، فهو لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمى لأن عقد الوعد بالرهن يجب أن يتوافر فيه الشكل الرسمى أيضًا . وعلى ذلك لا يمكن أن يقوم حكم القاضى بشأنه مقام الرهن .

---

(١) م ٢/١٩ مدنى .

(٢) للبائع أو ورثته أن يثبت بكافة طرق الاثبات أن البيع يخفى فى حقيقته رهنًا . بقاء العين المبيعة فى حيازة البائع قرينة قاطعة على أن العقد قصد به اخفاء رهن . أثره بطلان العقد سواء بصفته بيعًا أو رهنًا . نقض ١٩٨٧/٢/١١ طعن ١١١٩ س س ٥١ ق .

ومع ذلك يمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد الباطل ، والتى تقضى بأنه إذا كان العقد باطلاً فى شق منه ، فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً فيبطل العقد كله (١).

وعلى هذا إذا تضمن العقد العرفى اتفاقًا على اعطاء قرض مع انشاء رهن لضمان هذا القرض ، فإن العقد يبطل فى شقه الخاص بالرهن ، ويبقى صحيحًا بالنسبة للقرض الذى لا يلزم لابرامه أى شرط شكلى ، إلا إذا تبين أن القرض ما كان ينشأ بغير الرهن ، فهنا يبطل العقد كله .

ومن جهة أخرى يمكن أن يتحول الرهن الباطل (٢) ، إلى اتفاق منشئ لالتزام بتقديم رهن رسمى ، هذا الاتفاق ليس رهنًا وليس وعداً بتقديم رهن ، بل يعد تطبيقًا للمبدأ القاضى بأنه « يسقط حق المدين فى الأجل .... إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات » (٣) .

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يطلب التعويض من الراهن للإخلال بالتزامه بابرام العقد الرسمى ، ويجوز له كذلك أن يطلب سقوط أجل الدين وامكان المطالبة به فوراً ، وبالاضافة إلى ذلك فإنه يستطيع الحصول على حق اختصاص على عقارات المدين بناء على حكم بالدين الذى قضى بسقوط أجله .

(ى) نفقات عقد الرهن :

تكون نفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك (٤) . يقرر النص قاعدة عامة مؤداها تحمل الراهن جميع نفقات العقد على عقاره مثل مصاريف الكتابة ، ورسوم التوثيق ، ونفقات استخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامى . ويتحمل الراهن كذلك نفقات قيد الرهن وتجديده ومحوه (٥) ، ذلك أن الراهن صاحب مصلحة فعليه فى ابرام الرهن حتى يتيسر له الحصول على الائتمان المطلوب من الدائن المرتهن.

---

(١) م ١٤٣ مدنى .

(٢) طبقًا لنظرية تحول العقد الواردة فى المادة ١٤٤ مدنى .

(٣) م ٣/٢٧٣ مدنى .

(٤) م ١٠٣١ مدنى .

(٥) م ١٠٥٥ مدنى .

إلا أنه يجدر الاشارة إلى أننا بصدد قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها، لذا يجوز الاتفاق على تحمل الدائن المرتهن لتلك النفقات ، أو على توزيعها فيما بينه وبين الراهن بنسبة معينة .

ويتحمل الكفيل العينى نفقات الرهن الوارد على عقاره ، ما لم يتم الاتفاق على الرجوع بهذه النفقات على المدين بوصفه المستفيد الفعلى من الرهن .

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمى

يرتب عقد الرهن آثاراً بين الراهن والمرتهن ، إلا أن آثار هذا العقد ليست قاصرة على طرفيه ، فهو يرتب آثاراً هامة فى مواجهة الغير .

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول فى الأول ، آثار الرهن فيما بين الراهن والمرتهن ، ونتناول فى الثانى ، آثار الرهن فى مواجهة الغير .

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين الراهن والمرتهن

إن عقد الرهن ملزم لجانب واحد هو الراهن دون المرتهن ، فبالاضافة إلى الالتزامات التى يرتبها على عاتق الراهن ، ينشئ الرهن حقاً عينياً لصالح المرتهن يخوله سلطات معينة ، ويضع فى نفس الوقت عدة قيود على حق الراهن فى ملكية العقار المرهون .

لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول فيها على التوالى : التزامات الراهن ، القيود التى ترد على سلطات الراهن ، سلطات الدائن المرتهن .

المطلب الأول

التزامات الراهن

يرتب عقد الرهن على عاتق الراهن التزامًا بانشاء حق الرهن من جهة ، والتزاماً بضمان سلامة الرهن من جهة أخرى .

الفرع الأول
انشاء الراهن لحق الرهن

عقد الرهن هو مصدر حق الرهن ، فهذا الحق ينشأ مباشرة لحظة انعقاد العقد، إذ العقد ينشئ التزاماً على الراهن بترتيب حق الرهن على العقار لمصلحة المرتهن . ويتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبحكم القانون (١).

وعلى ذلك فإذا كان الراهن يملك العقار المرهون ، فإن حق الرهن الرسمي ينشأ مباشرة بقوة القانون بمجرد العقد . أما إذا كان العقار غير مملوك للراهن ، فإن حق الرهن لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الراهن العقار . وإذا لم يحدث ذلك جاز للدائن المرتهن أن يطلب فسخ العقد مع التعويض لاخلال الراهن بالتزامه بانشاء حق الرهن . إذ الراهن ملتزم بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشترى .

فعقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ فى حق الغير إلا بالقيد . فالقيد وسيلة لشهر الرهن للاحتجاج به على الغير وليس شرطاً لنشأة الحق ذاته .

ويذهب اتجاه فى الفقه إلى أن « حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداء من وقت القيد، فالمصدر الحقيقى للرهن الرسمى هو واقعة القيد ، ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره ابتداء فى حق الغير ، ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العينى .

---

(١) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٠٤ التى تقرر أن « الالتزام بنقل الملكية أو حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم...» .

M. Carillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 1997, n. 378.

فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن. وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده » .

لا شك فى أهمية القيد من الناحية العملية حيث أن ميزة الرهن كضمان لحق الدائن لا تبدو إلا بالنسبة للغير ، والقيد هو الوسيلة الوحيدة ، للاحتجاج بالرهن على الغير ، إلا أن ذلك لا يعنى أن القيد ينشئ الحق ، بل يجعله نافذاً لأنه موجود قبل قيده ، فحق الرهن مصدره العقد أو الحكم المثبت له . ويتضح ذلك من نص المادة ١٠٥٣ التى تقضى بأن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن .... » .

وهذا هو اتجاه جمهور الفقه حيث يرى أن « الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، كالتزام الراهن بالضمان ، وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل اجراء القيد ، فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد » .

ويضيف الفقه إلى ذلك « أن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون قبل أن يتخذ أى اجراء من اجراءات الشهر ، فالدائن المرتهن ينشأ حقه فى التنفيذ بمجرد العقد ، دون حاجة إلى قيد ، غاية الأمر أن هذا الحق يتعطل إذا وجدت مزاحمة من دائن آخر ، أو إذا وجد العقار فى يد شخص آخر ، فلا يستطيع الدائن مباشرة حقه فى الأفضلية ، أو حقه فى التتبع ما دام حقه لم يشهر بعد . وعدم توافر مكنة مباشرة سلطتى التتبع والتقدم ، لا يمنع من وجود حق الرهن » .

وإذا استعمل الدائن سلطة التنفيذ على العقار فى مواجهة الراهن لم يكن ذلك استناداً إلى الضمان العام ، بل استعمالاً لحق الرهن ، ولا أدل على ذلك من أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العينى ، فإنه يجوز التنفيذ على العقار الذى رهنه قبل قيد الرهن ، ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلاً على ذمة الكفيل العينى ، فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين » .

الفرع الثانى
ضمان سلامة الرهن

يقصد بضمان سلامة الرهن التزام الراهن بضمان التعرض والاستحقاق والهلاك[1] .

(أ) ضمان التعرض والاستحقاق :

« يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصًا كبيرًا، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك [2] .

يلتزم الراهن ، كما يلتزم البائع ، بضمان التعرض والاستحقاق ، و يدخل فى ذلك التعرض الشخصى والتعرض الصادر من الغير .

١ – يلتزم الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصى للدائن المرتهن ، ويدخل فى ذلك التعرض المادى والتعرض القانونى ، فالراهن يضمن جميع أفعاله المادية أو القانونية ، ايجابية كانت أو سلبية ، التى يكون من شأنها المساس بحق الدائن المرتهن أو الانتقاص منه .

فلا يجوز للراهن أن يقوم بتخريب العقار المرهون ، أو أن يتركه يتخرب ، أو أن ينزع منه بعض أجزائه ، كالأبواب والشبابيك أو الأشجار ، أو يهدم البناء ، أو أن يفصل عن الأرض الآلات المخصصة لخدمتها .

ولا يجوز للراهن القيام بأى تصرف قانونى يتعارض مع حق الدائن المرتهن أو ينطوى على المساس به ، كما لو قام – قبل قيد الرهن – ببيع العقار المرهون أو رهنه مرة ثانية ، فنقل ملكية العقار يجعله بمنأى عن التنفيذ عليه لعدم نفاذ الرهن

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٢٣٠ .

(٢) م ١٠٤٧ مدنى .

- غير المقيد - فى مواجهة مكتسب الملكية. ومن جهة أخرى يؤدى رهن العقار مرة ثانية إلى تأخير مرتبة المرتهن الأول لأن رهنه - غير المقيد - لا يكون نافذاً فى حق المرتهن الثانى .

« وإذا كان الراهن غير مالك امتنع عليه، إذا اكتسب ملكية العقار المرهون بعد الرهن ، أن يطلب عدم نفاذ الرهن فى مواجهته على أساس صدوره من غير مالك ، فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض كما هو معروف » .

وليس للراهن التصرف فى العقار على أنه منقول بحسب المآل ، لأن مثل هذا التصرف إذا تم تنفيذه فعلاً كان من شأنه ضياع محل ضمان الدائن أو انقاصه بصورة جسيمة ، ولا يجوز كذلك بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار لأن من شأن ذلك الحاق ضرر محقق بالدائن حيث لن يستطيع تتبع هذه العقارات بسبب رجوعها إلى طبيعتها المنقولة وتمسك مكتسبها بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

٢- ويضمن الراهن التعرض القانونى الصادر من الغير ، دون التعرض المادى . فالتعرض المادى ، الذى لا يستند إلى ادعاء حق من الحقوق ، الصادرة من الغير ، يكون للمرتهن أن يتولى دفعه بنفسه ودون وساطة الراهن ، كما لو قام الجار بتحويل مجرى المياة أو الطريق الموصل إلى الأرض ، هنا يحق للدائن أن يطلب من القاضى وقف الأعمال التى من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر (١) .

ويلتزم الراهن بدفع كل تعرض قانونى يأتى من الغير . ويقوم هذا التعرض فى حالة ادعاء الغير بحق على العقار المرهون من شأنه لو ثبت لكان حجة على المرتهن ويترتب عليه المساس بحقه . كما لو ادعى الغير ملكية العقار المرهون ، ومن شأن ذلك عدم قيام الرهن لوقوعه على ملك الغير . وكما لو ادعى الغير أنه صاحب حق انتفاع أو ارتفاق على العقار أو أنه صاحب رهن عليه وأسبق فى القيد ، لا شك أن ذلك يعد تعرضاً متى كان الرهن قد تم على أساس أنه ليس للغير شئ من

---

(١) م ١٠٤٨ مدنى .

ذلك . لذا يجب على الراهن أن يدفع ادعاء المتعرض حتى تكون العين المرهونة خالية من حقوق الغير ، وإلا كان مخلاً بالتزامه ووجب عليه الضمان .

(ب) وسائل تحفظ الدائن على حقه :

١ - للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصاً كبيراً [(١)] ، أما إذا كان العمل أو التقصير ليس من شأنه أن يؤدى إلى ذلك ، كما لو تسبب فى انقاص الضمان نقصًا تافهًا ، فلا يكون للدائن الاعتراض عليه وطلب منعه . ويؤدى القول بغير ذلك إلى الارهاق والعنت للمدين الراهن من جراء تدخل الدائن فى كل عمل .

ويتم تحديد النقص الكبير أو التافه فى الضمان على ضوء مدى كفاية هذا الضمان لتأمين الوفاء بالدين المضمون . ويترك تقدير هذا الانقاص ومدى تأثيره على قيمة العقار لقاضى الموضوع ، فمتى كان الباقى من العقار يكفى للوفاء بالدين ، فإنه لا يمكن القول بوجود نقص كبير فى الضمان ، أما إذا كان من شأن العمل أو التقصير انقاص قيمة العقار على نحو يجعله غير كاف للوفاء بالدين ، جاز للدائن الاعتراض على ذلك لأن من شأنه المساس بحقه . وليس فى ذلك سوى تطبيق للمبادئ العامة التى تقضى بعدم جواز التعسف فى استعمال الحق .

٢ - وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر [(٢)] .

والنص هنا أكثر شمولاً من النص السابق لأنه يواجه الأعمال الأكثر خطورة على العقار المرهون ، سواء صدرت من الراهن أو من الغير . أما النص السابق فيقتصر على الأعمال الصادرة من الراهن والتى من شأنها انقاص الضمان انقاصاً كبيراً .

وطبقًا لهذا النص يجوز للدائن أن يطلب من القاضى منع كل عمل يؤدى

---

(١) م ١٠٤٧ مدنى .

(٢) م ١٠٤٨ مدنى .

إلى اتلاف أو تخريب العقار المرهون . كشروع الراهن أو الغير فى هدم العقار ، أو قيام الجار بما يهدد حق ارتفاق للعقار المرهون ، وكذلك الحال إذا قام الراهن بنزع شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانباً منه وباع الأنقاض أو باع المواشى المخصصة لخدمة الأرض المرهونة .

ويؤدى اعتراض الراهن إلى منع القيام بتلك الأعمال ومنع تسليم الأشياء المنزوعة إلى المتصرف إليهم فيها ، أو جعلهم سيئ النية ، فيمتنع عليهم التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز إذا تسلموا هذه الأشياء بعد ذلك . ويستطيع الدائن أن يجعل المتصرف إليهم سيئى النية إذا قام بانذارهم بتعلق حقه بالأشياء المتصرف فيها حتى ولو لم يرفع الأمر للقضاء .

فمن المقرر أنه إذا تصرف الراهن فى شئ من العناصر التى يتكون منها العقار المرهون أو فى شئ من ملحقاته إلى شخص حسن النية ، وتم النقل والتسليم ، فإن هذا الشئ ينتقل خالصاً من حق الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع بالضمان على الراهن ، أما إذا لم يتسلمها المشترى أو تسلمها وهو سيئ النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

ولكن الدائن يستطيع توقيع الحجز على ثمن الأشياء المنقولة التى تنزع من العقار تحت يد مشتريها حسن النية ، لاستعمال حقه على هذا الثمن الذى يحل محل المنقولات المنزوعة (١) .

٣- ويجوز للدائن فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية لمنع وقوع الضرر ، وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك ، كأن يطلب اقامة حارس على العقار ، أو يقوم بترميم ما تخرب منه على نفقة الراهن .

ويقوم الدائن بتلك الأعمال ، ليس باعتباره فضولياً ، بل بوصفه صاحب حق على العقار المرهون ، يحق له القيام بالاجراءات العاجلة للمحافظة عليه ، وهو يرجع على الراهن بما ينفقه ، طبقاً لأحكام الرهن ويستفيد من ضمانه .

---

(١) م ١٠٤٩ مدنى .

(جـ) جزاء اخلال الراهن بالتزامه بالضمان :

إذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ، فإن للدائن المرتهن الحق فى طلب التنفيد العينى لهذا الالتزام من خلال ازالة الأعمال التى أدت إلى انقاص الرهن ، أو القيام بالأعمال اللازمة لحفظ العقار المرهون وصيانته ، أو القيام بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه المساس بحق الدائن المرتهن .

فإذا لم يقم الراهن بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً على النحو السابق ، فإن الدائن المرتهن يكون بالخيار بين أمرين : المطالبة بتقديم تأمين آخر يكفى لضمان الدين أو تكملة التأمين بتقديم تأمين اضافى يعادل ما نقص من قيمة العقار ، أو المطالبة بسقوط أجل الدين والوفاء به فوراً .

(د) ضمان الهلاك :

« ١- إذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً وأن يستوفى حقه فوراً .

٢- وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين قبل حلول الأجل ، وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين » (١) .

يتضح من النص أنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف ، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان ذلك ناجماً عن فعل الراهن أو عن سبب أجنبى :

١- فإذا كان الهلاك أو التلف قد حدث بفعل الراهن أو خطئه ، فإن الدائن يكون بالخيار بين أمرين : الأول - مطالبة المدين بتقدم تأمين كاف. الثانى - المطالبة بسقوط أجل الدين ، والوفاء به فوراً . ويختص قاضى الموضوع بتقدير مدى كفاية التأمين الجديد الذى يتم تقديمه .

---

(١) م ١/١٠٤٨ مدنى .

٢- أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن ، فليس له أن يطلب شيئًا ، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض .

٣- وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ، أى بقوة قاهرة أو بفعل الغير ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، فإن الخيار فى هذه الحالة يكون للمدين ، وليس الدائن كما هو الحال فى الفرض الأول ، الخيار بين الأمرين السابقين : تقديم تأمين كاف يحل محل العقار المرهون أو الوفاء بالدين فوراً قبل حلول الأجل .

وإذا اختار المدين الوفاء بالدين فوراً ، وكان الدين منتجًا لفوائد ، فإن المدين يدفع الفوائد السارية وقت اسقاط أجل الدين ، ويعفى من تلك الفوائد مستقبلاً . أما إذا لم يكن الدين منتجًا لفوائد ، فللمدين أن يخصم من أصل الدين مبلغًا يوازى قيمة الفوائد محسوبة بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء الفعلى والتاريخ المعين أصلاً للوفاء .

ويجدر الاشارة إلى أنه فى حالة هلاك العقار بخطأ الراهن ، واختيار الدائن استيفاء حقه فوراً ، فإنه يستوفيه كاملاً ، ولا يخصم منه شيئاً مقابل الفوائد عن المدة التى سقط عنها أجل الدين إذا لم يكن للدين فوائد أصلاً . وإذا كان هناك اتفاق على فوائد للدين ، فإن سريان هذه الفوائد يقف بمجرد وفاء الدين .

ويلاحظ أخيراً أن المقصود بهلاك العقار المرهون أو تلفه - فى الأحكام السابقة - يشمل المعنى المادى كاحتراق العقار أو تهدمه ، وينصرف كذلك إلى المعنى القانونى أى خروج كل أو بعض العقار المرهون من ضمان الدائن المرتهن وسقوط حقه فى تتبعه كنزع الملكية للمنفعة العامة .

(هـ) انتقال حق الدائن المرتهن إلى مقابل هلاك العقار :

« إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » [1] .

---

(١) م ١٠٤٩ مدنى .

إذا تلف العقار المرهون أو هلك كليًا أو جزئيًا ، وترتب على ذلك نشأة حق آخر عوضاً عنه ، فإن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى ما حل محل العقار .

فقد يهلك العقار مادياً بفعل الغير أو بشئ فى حراسته ، فيلتزم بتعويض المالك. وقد يكون العقار مؤمناً عليه ، وتقوم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين بسبب هلاك العقار أو تلفه . وقد يتم هدم العقار المرهون وبيعه أنقاضاً ، ويبقى الثمن فى ذمة المشترى . وقد ينزع الراهن بعض العقارات بالتخصيص ويبيعها منقولاً لمشتر حسن النية فيتسلمها هذا المشترى ويبقى الثمن فى ذمته . وقد يهلك العقار المرهون نتيجة حرب أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً عنه .

ولا يقتصر الأمر على الهلاك المادى للعقار المرهون ، فقد تنتقل ملكية العقار من ذمة الراهن دون أن يكون للدائن المرتهن الحق فى تتبعه ، كما لو تم نزع ملكيته للنفع العام فى مقابل تعويض معين (١) .

فى جميع هذه الحالات التى يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شئ آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن الأنقاض أو الأشياء المنزوعة أو التعويض المقرر مقابل نزع الملكية ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشئ الآخر ، ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته .

وترى المذكرة الايضاحية أن انتقال حق الدائن المرتهن إلى المقابل الذى يحل محل العقار هو تطبيق لمبدأ الحلول العينى .

ويؤيد جانب من الفقه هذا الرأى بقوله « فما دام الحق قد استحق فى مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه ، فإنه يحل حلولاً عينياً محل هذا العقار ، وينتقل حق

---

(١) وقضى بأنه من مقتضى المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات والفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ أن ينتقل المشروع المؤمم إلى الدولة محملاً بالرهن المقرر عليه ويكون للدائن المرتهن أن يستوفى حقه فى مرتبته من الحق المترتب على التأميم لدى الجهة التى آل إليها المشروع المؤمم وذلك دون اعتبار لعلاقة الدين بنشاط هذا المشروع ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على أموال المدينين (الطاعنين) الأخرى إلا عند عدم كفاية الحق المترتب على التأميم للوفاء بحقه . (طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٣ س١٩ ص ١٤٦٥) .

الدائن المرتهن ، بحكم هذا الحلول العينى ، من العقار الهالك أو التالف إلى الحق الذى حل محله . فإذا كان الحق منقولاً ، كما فى التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية ، فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفى دينه منه ، وينقلب الرهن فى هذه الحالة إلى رهن حيازى للنقود ... ويمكن الاستفادة من حلول الحق محل العقار المرهون حلولاً عينياً عندما يراد تقديم تأمين كاف يحل محل العقار المرهون ، وذلك بتقديم الحق الذى يحل محل العقار المرهون بوصفه تأميناً كافياً لا يستطيع الدائن الاعتراض عليه » .

ويرى فريق آخر من الشراح « عدم فائدة الالتجاء إلى فكرة الحلول العينى ، ويكفى أن يقال أن الدائن المرتهن يبنى حقه فى التقدم على المقابل الذى حل محل العقار وذلك بموجب الرهن نفسه » . « بل أنه ليس هناك حلول عينى فى حالة هلاك العقار المرهون ، ولا ينتقل الرهن إلى الحق الذى ترتب على هذا الهلاك ، ويكون قصد الشارع بتعبيره فى المادة بانتقال الرهن ، إن الرهن لا ينقضى بهلاك العقار المرهون ، بل يظل قائماً ويخول للدائن المرتهن سلطة التقدم فى استيفاء دينه من الحق المترتب على الهلاك . وتتم استفادة الدائن المرتهن من الحق المترتب على هلاك العقار المرهون عن طريق اخطار الشخص الملتزم بهذا الحق بالرهن ومطالبته بعدم الوفاء للراهن » .

ولعل الرأى الأجدر بالتأييد هو ذلك الذى « يفرق بين ما إذا كان الحق المترتب على هلاك العقار أو تلفه نشأ بعد استحقاق الدين ، وفى هذه الحالة تكون مباشرة الدائن للأفضلية على هذا الحق بمقتضى الرهن ذاته . أما إذا نشأ الحق المترتب على الهلاك أو التلف قبل أن يستحق الدين المضمون ، ففى هذه الحالة يظل الحق الجديد مخصصاً لضمان الوفاء بالدين حين يحل أجل الوفاء به ، وهذا هو الحلول العينى » .

المطلب الثانى
القيود التى ترد على سلطات الراهن

يحتفظ الراهن بملكية العقار المرهون وبحيازته ، فالرهن الرسمى لا يقتضى تخلى الراهن عن حيازة العقار ، ويحتفظ بكل السلطات التى يخولها له حق الملكية من تصرف واستغلال واستعمال .

ويقوم حق الدائن المرتهن كحق عينى تبعى على العقار إلى جانب حق الراهن فى الملكية كحق عينى أصلى ، وليس هناك تناقض فى ذلك لأن حق الرهن لا يتعارض مع حق الملكية ، ولا يعتبر تجزئة له ، ويختلف مضمون كل منهما عن الآخر ، فالدائن المرتهن لا يهدف من وراء حقه سوى امكان بيع العقار لاستيفاء حقه من الثمن فى حالة عدم وفاء المدين بالدين عند حلول الأجل ، ولا يحرم ذلك المالك من ممارسة سلطاته على العقار فى الفترة ما قبل الشروع فى التنفيذ(1)

ولعل القيد الوحيد الذى يرد على سلطات المالك هو التزامه بضمان سلامة الرهن ، حيث يلتزم بالامتناع عن كل تصرف قانونى أو مادى يكون من شأنه المساس بقيمة العقار ، وذلك فى الفترة السابقة على حلول أجل الدين أى الفترة السلمية السابقة على التنفيذ على العقار .

أما إذا بدأت اجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فإن حقوق الراهن وسلطاته تتقيد بالقيود الناتجة عن الحجز على العقار كما سنرى .

ونعرض فيما يلى لأثر الرهن على سلطة المالك فى التصرف فى العقار المرهون وعلى سلطته فى الاستغلال والاستعمال .

---

(1) محمد كامل مرسى ص ٩٤.

الفرع الأول
سلطة الراهن فى التصرف فى العقار

يحتفظ الراهن بسلطته فى التصرف فى العقار المرهون ، ويعبر المشرع عن ذلك بقوله « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن »(١) .

يتضح لنا أبعاد النص من خلال الأحكام الآتية :

أولاً – مؤدى ذلك أن الرهن لا يؤثر على سلطة الراهن (مديناً كان أو كفيلاً عينيًا) فى ابرام التصرفات القانونية على العقار المرهون ، سواء تعلق بتصرف ناقل للملكية كالبيع والهبة ، أو بتصرف منشئ لحق عينى عليه كانتفاع أو ارتفاق أو رهن ، لأن أى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذى صدر له من الراهن ، ذلك أن المرتهن يستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة أى شخص آخر اكتسب حقًا على العقار المرهون بعد شهر حق الرهن ، بمعنى أن ترتيب أى حق على العقار لا يكون نافذًا فى مواجهة الدائن ولا يمنعه من مباشرة حقه فى تتبع العين المرهونة ومباشرة اجراءات التنفيذ عليها فى مواجهة المتصرف إليه ، ويسمى بحائز العقار المرهون .

وتعبر المذكرة الايضاحية عن ذلك بقولها « لا يفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار المرهون ولاحق التصرف فيه . فهو يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه . ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن ، ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقًا عينيًا أصليًا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن

---

(١) م ١٠٤٣ مدنى .

ولهذا أن ينفذ على العقار خالياً من هذه الحقوق ، ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون رهن آخر ، رسميًا كان أو حيازيًا .. ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق » .

– ولعل القيد الوحيد على حرية الراهن فى ابرام التصرفات القانونية على العقار المرهن ، هو ألا تنطوى تلك التصرفات على اخلال بالتزامه بضمان سلامة الرهن ، كما عرضنا من قبل ، وهى تعد كذلك إذا كان من شأنها المساس بحق الدائن المرتهن . مثال ذلك التصرفات القانونية التى تقيد قبل الرهن ، فهذه تنفذ ضد الدائن ، ومن ثم تعد تعرضاً له واخلالاً بالتزام الراهن بالضمان .

ثانياً – ويذهب البعض إلى أنه لا يجوز للراهن التصرف فى العقار المرهون مجزءاً إلى عدة أشخاص ، لأن ذلك يؤدى إلى ارهاق الدائن المرتهن حيث يضطر إلى تتبع أجزاء العقار للتنفيذ عليها فى يد حائزين متعددين مما يعرضه إلى احتمال قبض دينه مجزءاً عن طريق التطهير ، أضف إلى ذلك أن بيع أجزاء من العقار كحديقة المنزل مثلاً ، قد يؤدى إلى هبوط قيمته الاقتصادية . ويترتب على مثل هذه التصرفات أنه يجوز للدائن المطالبة بسقوط أجل الدين على أساس اضعاف التأمينات .

ولكن الرأى الراجح يذهب إلى أن الرهن لا يؤدى إلى حبس العين المرهونة عن التصرف ، ولا يمنع الراهن من التصرف فيها ، ومن ثم لا يجوز للدائن الاعتراض على تصرفات الراهن طالما لا تشكل اخلالاً بالتزامه بالضمان ، « ولعله من الأصوب ترك الأمر لتقدير القضاء على ضوء ظروف كل حالة ، حيث يجوز للقاضى أن يقضى بسقوط الأجل إذا وجد أن التصرف سيكون من شأنه ألا يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملاً »(١) .

ثالثاً – ولا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم التصرف فى العقار المرهون لأن سلطة الراهن فى التصرف تعتبر من النظام العام حيث تدخل فى طبيعة نظام الرهن ذاته كقيمة اقتصادية تساعد المدين فى الحصول

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٨٩ .

على الائتمان ، دون أن تغل يده عن التصرف فى العين المرهونة . وتعبر المذكرة الايضاحية عن ذلك بقولها « أن حرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون ، لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن . ويكون باطلاً تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون » .

رابعًا – ولا يقيد الرهن حرية الراهن فى القيام بالتصرفات المادية فى العقار، واجراء التعديلات اللازمة له ، إلا أنه مقيد ، فى اجراء تلك الأعمال ، بألا يكون من شأنها أن تنقص القيمة المالية للعقار المرهون ، وتضعف ، بالتالى، الضمان الذى يوفره للدائن . فلا يستطيع الراهن هدم البناء مثلاً أو تركه يتخرب ، أو ينقل التربة من الأرض أو يقلع منها أشجاراً . وإذا قام الراهن بمثل تلك الأعمال ، كان مخلاً بالتزامه بضمان سلامة الرهن ، ويجوز للدائن الاعتراض على ذلك ، واتخاذ الاجراءات التحفظية ، كتعيين حارس ، على نفقة الراهن ، هذا فضلاً عن حق المطالبة بتوقيع الجزاء المقرر للاخلال بهذا الالتزام، والذى يتمثل أساساً فى سقوط الأجل وحلول الدين فوراً ، كما عرضنا من قبل[1] .

ولعل من أهم الأعمال التى تؤدى إلى انقاص العقار المرهون ، واضعاف ضمان الدائن ، قيام الراهن بالتصرف فى العقار أو فى جزء منه باعتباره منقولاً بحسب المآل ، أو التصرف فى المنقولات المعتبرة عقارات بالتخصيص

(أ) التصرف فى المنقول بحسب المآل :

يقوم الراهن بالتصرف فى العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل ، أو بنزع بعض أجزائه المعتبرة عقاراً بالطبيعة أو التصرف فيها على اعتبار أنها منقولات بحسب المآل ، كما إذا باع الراهن الأبنية المقامة على أرضه أو جزء منها إلى مشتر يقوم بفصلها عن الأرض ، وكما إذا باع المنزل المرهون بقصد

---

(١) ما سبق ص ٢٨٢ .

هدمه أو الأشجار الموجودة فى الأرض المرهونة بقصد قطعها . لا شك أن مثل هذه التصرفات تنطوى على خطر كبير بالنسبة للدائن المرتهن لأنها تؤدى إلى انقاص الضمان ، لذا تعد ، من جانب الراهن ، اخلالاً بالتزامه بضمان سلامة الرهن ، وللدائن أن يطالب بتوقيع الجزاء المقرر للاخلال بهذا الالتزام ، كما عرضنا من قبل ، والذى يتمثل أساساً فى سقوط أجل الدين .

ولكن أليست هناك وسائل لحماية الدائن المرتهن من هذه التصرفات؟

يستطيع الدائن الاعتراض على هذه التصرفات ، ويمنع تنفيذها ، لأنها لا تكون نافذة فى حقه طالما كان رهنه مقيداً . وله أن يتخذ الاجراءات التحفظية (١) ، كالمطالبة بتعيين حارس لمنع المشترى من هدم العقار أو فصل الأجزاء المبيعة منه . وإذا تم نزع هذه الأجزاء ولم تسلم إلى المشترى ، كان للراهن أن يمنعه من نقلها .

وتظل تلك الأجزاء (المنقولات بحسب المآل) مثقلة بالرهن ، إذا لم يتسلمها المشترى ، أو تسلمها وهو سيئ النية يعلم بالرهن ، ويجوز للدائن أن يستردها منه . أما إذا تسلم المشترى تلك المنقولات ، ودخلت فى حيازته وهو حسن النية ، فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يتتبعها لأن حقه فى التتبع ينقضى فى مواجهة المشترى حيث يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . وكل ما للدائن فى هذه الحالة هو الحجز على ثمن هذه المنقولات تحت يد المشترى . إذا لم يكن قد دفعه - ليباشر عليه حقه فى الأفضلية .

(ب) التصرف فى العقارات بالتخصيص :

العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته ، إلا أنه يصبح عقاراً إذا رصده المالك لخدمة عقار يملكه . ويمتد الرهن ليشمل العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون ، سواء وجدت بالعقار عند الرهن أو ألحقت به بعد ذلك .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد هى أن الرهن لا يمنع الراهن من

---

(١) طبقاً لنص المادة ١٠٤٧ مدنى . ما سبق ص ٢٨٠ .

التصرف فى العقارات بالتخصيص طالما لا يشكل هذا التصرف مساسًا بحق الدائن المرتهن ، أى طالما لا يقلل من القيمة المالية للعقار المرهون على نحو يترتب عليه انقاص الضمان . أما إذا كان التصرف من شأنه انقاص ضمان الدائن ، فإذا ذلك يعد اخلالاً ، من جانب الراهن ، بالتزامه بضمان سلامة الرهن وما يترتب على ذلك من حلول أجل الدين ، كما عرضنا من قبل .

ويقرر المشرع للدائن المرتهن نفس الحماية السابق عرضها بمناسبة التصرف فى المنقول بحسب المآل .

وعلى ذلك ، فإن من حق الدائن المرتهن الاعتراض على تلك التصرفات إذا كان من شأنها انقاص الضمان انقاصاً كبيراً [١] . ويكون للقضاء سلطة تقديرية فى تحديد مدى تأثير تصرفات الراهن على قيمة الضمان الذى قدمه للدائن .

ويستطيع الدائن الاعتراض على هذه التصرفات ، وأن يمانع فى نقل العقارات بالتخصيص ، وأن يطلب تعيين حارس عليها ، وله أن يستردها ، إذا كان المشترى قد تسلمها وهو سيئ النية . أما إذا كان قد تسلمها وهو حسن النية ، لم يكن للدائن المرتهن الحق فى تتبعها فى مواجهة المشترى الذى يستطيع الاحتجاج بحيازته للمنقول بحسن نية . ولكن الدائن يستطيع الحجز على الثمن فى يد المشترى ، إذا لم يكن قد دفعه للراهن ، ليباشر حقه عليه فى التقدم .

الفرع الثانى
سلطة الراهن فى الاستعمال والاستغلال

(أ) الادارة وقبض الثمار:

أن الرهن الرسمى لا يسلب الراهن حيازة العقار المرهون ، فهو يحتفظ بالسيطرة عليه ، ويمارس عليه سلطاته كمالك . وبناء على هذا يحتفظ الراهن – إلى جانب حقه فى التصرف – بحقه فى استعمال العقار واستغلاله .

---

(١) م ١٠٤٧ مدنى .

فللراهن الحق فى ادارة العقار المرهون وفى قبض ثماره [1] . فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه ، وله أن يستغله فيجنى ثمراته المدنية والطبيعية ، ويمكنه التصرف فى الثمار وهى متصلة ، أو فى المحصول وهو قائم على الأرض ، لأن مثل هذا التصرف يعتبر من أعمال الادارة ، وليس للدائن المرتهن الاعتراض على ذلك طالما أن الثمار لم تلحق بالعقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

فإذا شرع الدائن فى التنفيذ على العقار المرهون وسجل تنبيه نزع الملكية ترتب على هذا الحاق الثمار بالعقار ، ويمتد إليها الرهن ، ويتعلق حق الدائن بها من هذا التاريخ ، أما قبل ذلك فيظل حق الراهن فى قبض الثمار وفى التصرف فيها قائماً .

وطبقًا لقانون المرافعات « تلحق بالعقار ثماره وايراداته عن المدة التالية لستجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الادارة الحسنة . ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها ، وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة[2] .

فللراهن الحق فى ادارة العقار بالطريقة التى تمكنه من استغلاله وقبض ثماره ، وله أن يوجه هذا الاستغلال الوجهة التى يراها ، فإذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية ، جاز للراهن أن يزرعها بما يراه من محاصيل أو أشجار ، وله أن يحولها إلى مبان للسكنى أو إلى غرض صناعى أو رياضى . وإذا كان العقار المرهون بناء ، جاز للراهن أن يستغله للسكنى أو لأى غرض آخر .

ولعل القيد الوحيد على ذلك هو التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ،

---

(١) م ١٠٤٤ مدنى .

(٢) م ٤٠٦ مرافعات .

كما عرضنا من قبل ، فيمتنع عليه . اتيان أى عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصاً كبيراً .

ومن أهم أعمال الادارة التى تتصل باستغلال العقار المرهون ، هو تأجير العقار المرهون وقبض أجرته أو تحويلها . وقد وضع المشرع لذلك أحكامًا خاصة لحماية حق الدائن المرتهن .

(ب) ايجار العقار المرهون :

– النصوص : « ١ – الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً فى أعمال الادارة الحسنة .

٢ – وإذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » (١) .

«وإذا لم يكن العقار مؤجراً اعتبر المدين حارسًا إلى أن يتم البيع ما لم يحكم قاضى التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو دائن بيده سند تنفيذى .

وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكنًا فيه بدون أجرة إلى أن يتم البيع.

وإذا كان العقار مؤجراً اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين .

وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاءه وسئل عنها المدين بوصفه حارسًا» (٢) .

---

(١) م ١٠٤٥ مدنى .

(٢) ٤٠٧ مرافعات .

« مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى فى شأن ايجار العقارات ، تنفذ عقود الايجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بايقاع البيع عليه ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الايجار الواجبة الشهر . أما عقود الايجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الادارة الحسنة » (١) .

ويقضى قانون الشهر العقارى بأنه « يجب تسجيل الاجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات ... وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لاتكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات » (٢) .

تتعلق هذه النصوص ببيان مدى نفاذ الايجار فى حق الدائن المرتهن ، أى بقاء حق المستأجرعلى العقار المرهون فى حالة بيعه. ونفاذ هذا الايجار فى مواجهة مكتسب ملكية العقار .

وينبغى ملاحظة أن تلك النصوص لا ينبغى أن تخل بما هو مقرر فى القوانين الأخرى من أحكام خاصة ، مثل قانون ايجار الأماكن .

ويتضح من النصوص السابقة أنه يجب التمييز بين الايجار الثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، والايجار غير الثابت التاريخ أو المعقود بعد تسجيل التنبيه .

أولاً : إذا كان الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه ينبغى التمييز بين فرضين :

١- إذا كان الايجار مسجلاً قبل قيد الرهن ، فإنه يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن ، أياً كانت مدته .

٢- أما إذا لم يكن الايجار مسجلاً قبل قيد الرهن (والفرض أنه ثابت

---

(١) م ٤٠٨ مرافعات .

(٢) م ١١ .

التاريخ قبل تسجيل التنبيه) ، فإنه لا يسرى فى حق المرتهن إلا لمدة تسع سنوات فقط . فإذا كانت مدة الايجار تزيد عن ذلك ، فإنه لا يسرى إلا فى حدود هذه المدة فقط .

ويختلف الفقه حول كيفية احتساب المدة التى يسرى الايجار خلالها ومتى تبدأ ، فذهب البعض إلى أنه ينبغى حساب مدة التسع سنوات من تاريخ بدء الايجار ، بحيث إذا كانت قد انقضت مثل هذه المدة قبل تسجيل تنبيه الملكية لم يعد الايجار نافذاً فى مواجهة الدائن المرتهن .

ويرى البعض الآخر أن تحسب بداية المدة مع بداية الانتفاع . ويرى آخرون حساب هذه المدة ابتداء من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويرى البعض - بحق - أن المدة تبدأ من تاريخ قيد الرهن .

ثانياً : إذا كان الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو كان قد عقد بعد هذا التسجيل ، فهو لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان من أعمال الادارة الحسنة .

ويعتبر الايجار من أعمال الادارة الحسنة إذا كانت الأجرة مساوية لأجرة المثل ، وكانت مدته لا تجاوز المدة المعتادة ، وهى سنة فى المبانى ، وثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية . ويتضح من نص المادة ١٠٤ ومن الأعمال التحضيرية أنه يشترط لاعتبار الايجار كذلك ألا تكون الأجرة فيه قد عجلت . إلا أننا نرى ترك الأمر لقاضى الموضوع لتقدير ما إذا كان الايجار من أعمال الادارة الحسنة أم لا ، على ضوء العناصر السابقة .

(جـ) قبض الأجرة وحوالتها :

تنص المادة ١٠٤٦ على أنه « ١- لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ولا الحوالة بها قبل ذلك، نافذة فى حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

٢- أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة ».

وتنص المادة ٤٠٩ مرافعات على أن « المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بايقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه . وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر . فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة » .

وتنص المادة ١١ من قانون الشهر العقارى على أنه « ... ويجب تسجيل ... المخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدمًا . وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك . ويترب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على أجرة ثلاث سنوات » .

يجب التذكرة في هذا الصدد بأن الأجرة تلحق بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . والأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه تعتبر محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين . ويقوم هذا التكليف مقام الحجز تحت يد المستأجر دون حاجة إلى أى اجراء آخر . وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف ، فإن وفاءه يصح ، إلا أن المدين يسأل عنها بوصفه حارسًا (١)، فوفاء المستأجر للمالك بالأجرة يبرئه ، ما دام لم يوقع حجز تحت يده على هذه الأجرة .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد هى أن قبض الأجرة مقدمًا واعطاء مخالصة بها ، أو حوالة الحق فيها إلى شخص آخر ، لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها قيدان :

الأول : أن تعجيل الأجرة أو الحوالة بها مقدمًا لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن ، لأنها أقرب إلى أعمال التصرف . فما دامت المخالصة أو الحوالة مسجلة قبل قيد الرهن ، فإنها تكون نافذة فى حق الدائن أيًا كانت مدتها . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير مسجلة ، فإنها لا تسرى إلا لمدة ثلاث

---

(١) م٤٠٧ مرافعات . محمد كامل مرسى ص ٩٧ .

سنوات فقط ، بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ويجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أنه يكفى للاحتجاج على الدائن العادى بالمخالصة أو بالحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، أن تكون مسجلة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، هذا بخلاف الحال بشأن الدائن المرتهن الذى يلزم بالنسبة له أن تكون المخالصة أو الحوالة مسجلة قبل قيد الرهن ، ولا يكفى أن تكون مسجلة قبل تسجيل التنبيه .

ونفاذ المخالصة أو الحوالة ، كما هو الحال بالنسبة لنفاذ الايجار ، لا يمنع امكان الدائن الطعن فى هذا النفاذ بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها ، فقد يقوم الراهن بالتواطأ مع المستأجر ليقبض الأجرة مقدمًا لمدة ثلاث سنوات حتى يخفف من آثار نزع ملكية العقار المرهون ، ففى هذه الحالة إذا استطاع الدائن اثبات ذلك ، جاز له الطعن فى التصرف بالغش ، حتى يكون غير نافذ فى حقه .

الثانى : تكون الحوالة أو المخالصة نافذة فى حق الدائن المرتهن ، فى حدود أجرة سنة ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . ورد هذا الحكم فى المادة ٤٠٩ مرافعات ، وهو مخالف لمفهوم المادة ١١٤٦ مدنى، إلا أنه يتم اعماله لأنه لاحق فى صدوره للقانون المدنى ، ومن ثم فهو ينسخه فيما يتعارض معه .

المطلب الثالث
سلطات الدائن المرتهن

(أ) صفات الدائن المرتهن :

للدائن المرتهن صفتان :

١- صفته باعتباره دائنًا عاديًا كسائر الدائنين ، يكون له حق على جميع أموال المدين ، وهذا ما يسمى بحق الضمان العام الذى يخول الدائن سلطة التنفيذ أى مال من أموال المدين ليستوفى حقه منه دون أن يكون له حق التقدم على باقى الدائنين ، بل أنه يشترك معهم ، حيث يقتسمون المال محل التنفيذ قسمة غرماء .

٢- صفته باعتباره دائناً مرتهناً ، حيث يكون له حق رهن على عقار معين ، هذا الرهن بمثابة ضمان خاص يخول الدائن التنفيذ على العقار وتتبعه في أي يد يكون ، ليستوفي حقه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنين .

فالدائن المرتهن صاحب حق شخصي وصاحب حق عيني تبعي ، وهو كصاحب حق شخصي يمكنه التنفيذ على أي مال من أموال المدين ، إلا أنه في هذه الحالة يتساوى مع دائني المدين العادي ، لذا فهو يفضل الاستفادة من صفته كصاحب حق عيني تبعي أي كدائن ممتاز يفضل الدائنين العاديين، حيث يقوم بالتنفيذ على العقار المرهون المخصص لضمان الوفاء بدينه، فإذا لم يكف العقار بوفاء حقه، كان له أن ينفذ على سائر أموال المدين.

(ب) مركز الكفيل العيني :

« إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ما له إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

« وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي اجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار » (١) .

مؤدى ذلك أنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، وهذا هو الكفيل العيني ، فإنه لا يكون مسؤولاً عن الدين إلا في حدود العقار الذي رهنه رهناً رسمياً ، وهو لا يسأل عن الدين في مجموع أمواله ، وعلى ذلك يستطيع الدائن التنفيذ على العقار المرهون المقدم من الكفيل ، دون أن يتعدى ذلك باقي أمواله .

وبالاضافة إلى التنفيذ على العقار المقدم كرهن من الكفيل العيني ، يستطيع الدائن أن ينفذ على مال المدين نفسه ، بوصفه دائناً عادياً بمقتضى ما له من ضمان عام على مدينه ، ويجوز للدائن أن يبدأ التنفيذ على العقار

---

(١) م ١٠٥٠ ، ٢/١٠٥١ مدني .

المرهون حتى لو كان فى مال المدين عين أخرى مرهونة فى نفس الدين ، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين ، ولا يجوز للكفيل العينى أن يجبر الدائن على التنفيذ أولاً على أموال المدين (وهذا هو حق التجريد) ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك .

ويستطيع الكفيل العينى أن يتخلص من توجيه الاجراءات ضده إذا هو تخلى عن العقار المرهون ، وفقًا للأحكام والاجراءات التى يتبعها الحائز فى تخليه عن العقار كما سنرى [1] .

ويجب توجيه اجراءات التنفيذ إلى الكفيل العينى كما توجه إلى المدين نفسه ، فيكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل التنبيه باسم الكفيل العينى ، وبهذا التسجيل ، وليس باجراء قبله أيًا كان ، تترتب آثار الحجز ، على أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء ، لإنه هو المسؤول شخصيًا عن الدين .

(جـ) تنفيذ الدائن على العقار المرهون :

« للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقًا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات» [2] .

يستطيع الدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون لبيعه بالمزاد العلنى حتى يستوفى حقه من ثمن البيع ، ولكن الدائن لا يبدأ فى التنفيذ إلا بعد حلول أجل الدين إذا لم يقم المدين بالوفاء به اختيارًا .

ولا يحتاج الدائن إلى استصدار حكم من القضاء للتنفيذ على العقار المرهون ، لأن عقد الرهن الرسمى يعد سندًا تنفيذيًا يمكن بمقتضاه التنفيذ على العقار مباشرة .

والدائن المرتهن لا يستوفى حقه من العقار المرهون إلا طبقًا لاجراءات معينة تنتهى آخر الأمر إلى بيع العقار جبرًا فى المزاد ، وكل اتفاق على غير

---

(١) ما يلى ص ٣٧٠ .

(٢) م١/١٠٥١ مدنى .

ذلك يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، لأن الاجراءات التى فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالاخلال بشئ من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، إذ يخشى أن يكون الدائن قد استغل حاجة الراهن وانتزع رضاه .

وعلى ذلك يقع باطلاً كل اتفاق يعطى الدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون بأى ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، أو فى أن يبيعه دون أن يراعى الاجراءات التى فرضها القانون ، وهذا هو شرط الطريق الممهد .

(د) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء :

« يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يتملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو فى بيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

٢- ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » (١) .

يبطل الاتفاق بين الدائن والمدين على أن تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الدائن فى حالة عدم الوفاء بالدين عند حلول الأجل ، سواء تم تحديد ثمن معين للعقار أو لم يتم ، وسواء تمثل هذا الثمن فى مبلغ الدين أو أقل أو أكثر.

والحكمة من هذا البطلان هى حماية المدين الراهن من استغلال الدائن المرتهن ، حيث يكون الأول فى مركز ضعيف بسبب حاجته الملحة إلى المال مما يضطره إلى الاذعان للشروط التى يمليها عليه الدائن . وغالباً ما تكون قيمة العقار أكبر من قيمة الدين المضمون ، إلا أن المدين يقبل هذا الشرط ، معتقداً أنه سيقوم بوفاء الدين ، إلا أنه يعجز عن ذلك لظروف سيئة ، فيتم اعمال الشرط ويتملك الدائن العقار بثمن يقل بكثير عن قيمته الحقيقية .

---

(١) م ١٠٥٢ مدنى .

ويعتبر شرط تملك العقار عند عدم الوفاء بالدين مخالفاً للنظام العام ، لذا يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك به ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يقبل الاجازة .

ويبطل الاتفاق سواء تمثل فى صورة شرط فى عقد الرهن الرسمى ذاته أو فى صورة اتفاق مستقل تم ابرامه بعد الرهن .

ويجوز الاتفاق على هذا الشرط بعد حلول أجل الدين حيث تنعدم شبهة استغلال الدائن لحاجة الراهن الذى يصبح على بينة من الأمر . لذا يمكن الاتفاق على أن يتنزل الراهن عن العقار المرهون وفاء للدين أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، فقد يكون فى هذا الاتفاق مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد.

ويقتصر البطلان على الشرط أو الاتفاق لمخالفته للنظام العام ، ولكن هذا البطلان لا يؤثر فى عقد الرهن نفسه ، حيث يظل صحيحاً منتجاً كافة آثاره القانونية .

(هـ) بطلان شرط الطريق الممهد :

قد يشترط المرتهن على الراهن بيع العقار المرهون ، عند حلول أجل الدين دون الوفاء به ، دون اتباع الاجراءات والأوضاع التى رسمها المشرع لحماية المدين الذى تنزع ملكيته . كما لو تم الاتفاق على بيع العقار ودياً أو بالممارسة . ويسمى هذا الشرط بشرط الطريق الممهد .

ويأخذ هذا الشرط حكم الشرط السابق ، حيث يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لنفس الحكمة لأن الدائن قد يستغل حاجة المدين ويفرض عليه هذا الشرط الذى يجرده من الحماية التى يوفرها له قانون المرافعات باجراءات التنفيذ العقارى .

ويبطل الشرط سواء تم الاتفاق عليه فى العقد أو بعد ذلك ، طالما كان هذا قبل حلول أجل الدين ، أما إذا تم الاتفاق على هذا الشرط بعد حلول أجل الدين ، فإنه يكون صحيحاً ، لانعدام شبهة استغلال حاجة الراهن ، وقد يكون من شأن الاتفاق تجنب مصروفات بيع العقار بالمزاد .

ويقتصر البطلان على الشرط وحده دون الرهن ، حيث يظل عقد الرهن صحيحاً ، وتترتب عليه آثاره القانونية ، ولا يكون للدائن المرتهن سوى التنفيذ بحقه على العقار المرهون ، وذلك بطلب بيعه بالمزاد وفقًا للاجراءات التى يفرضها القانون .

المبحث الثانى

آثار الرهن بالنسبة للغير

يقصد بالغير هنا كل صاحب حق يمكن أن يضار بسبب وجود الرهن أى نتيجة ما يخوله الرهن للدائن المرتهن من حق فى الأفضلية وفى التتبع ، وعلى ذلك يعتبر من الغير :

١- الدائن العادى للراهن ، لأنه يضار من وجود الرهن بسبب تقدم الدائن المرتهن عليه فى استيفاء حقه وقت التنفيذ على العقار . ونفس الحكم بالنسبة لباقى الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية المقيدة على العقار المرهون ، كالدائن المرتهن رهناً رسمياً أو حيازياً ، وصاحب حق الامتياز ، وصاحب حق الاختصاص على هذا العقار .

٢- كل صاحب حق عينى أصلى على العقار المرهون ، كمن تنتقل إليه ملكية هذا العقار أو يكتسب عليه حق انتفاع ، حيث يعتبر كل منهم حائزاً يتأثر بحق التتبع الذى يمارسه الدائن المرتهن على العقار استيفاء لحقه بالتقدم عليهم .

ينشأ حق الرهن بمجرد العقد ، ولكنه لا ينفذ فى مواجهة الغير إلا إذا تم قيده ، فالقيد شرط لازم لسريان الرهن فى حق الغير ، أى أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يباشر حقه فى الأفضلية والتتبع إلا إذا كان رهنه مقيداً[1] .

ونعرض فى البداية لقيد الرهن الرسمى ، ونتناول بعد ذلك كل من الحق فى الأفضلية ، والحق فى التتبع .

---

(١) السنهورى ، ص ٤٢٧.

المطلب الأول
قيد الرهن الرسمى

(أ) مفهوم القيد :

القيد هو الوسيلة التى نظمها المشرع لشهر الرهن الرسمى وباقى الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، فهو الاجراء اللازم لكى تنتج هذه الحقوق أثرها فى مواجهة الغير . أى أن الدائن صاحب التأمين العينى العقارى لا يستطيع - كقاعدة عامة - الاحتجاج بحقه فى الأفضلية والتتبع فى مواجهة الغير إلا إذا كان هذا التأمين مقيداً ومن تاريخ هذا القيد .

والحكمة من ذلك هى ضرورة حماية الائتمان العقارى وتوفير الثقة المشروعة في المعاملات العقارية من خلال اعلام المتعاملين مع المدين بالحقوق التى تثقل أمواله وبالديون التى تضمنها هذه الأموال . فالدائن يجب أن يعلم بالتأمينات التى تثقل عقارات المدين ، والتى يتقدم أصحابها عليه فى المرتبة حتى لا يفاجأ ، بعد أن يقرض المدين معتمداً على ما يملكه من عقارات ، بأن هذه العقارات مثقلة برهون ضامنة لديون تستغرق قيمتها . ويستطيع المشترى قبل التعاقد مع البائع أن يعلم بالرهون التى تثقل العقار المبيع حتى لا يفاجأ بوجود دائن للبائع يمكنه تتبع هذا العقار تحت يده وينفذ عليه . ولا شك أن الشهر يمنع تعرض الغير لتلك المخاطر التى تعرقل تداول الأموال وتضعف الثقة فى الائتمان العقارى ويؤثر ذلك بدوره فى الاقتصاد القومى[(١)] .

(ب) الفرق بين القيد والتسجيل :

القيد هو الأداة لشهر التأمينات العينية العقارية بصفة عامة ، فهو اجراء لازم ، ليس لنشأة هذه التأمينات بل للاحتجاج بها فى مواجهة الغير فقط ، وعلى ذلك فإن حق الرهن الرسمى ينشأ بين طرفيه بمجرد العقد ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير إلا بالقيد .

أما التسجيل فهو اجراء لشهر الحقوق العينية الأصلية ، وهو لازم لانشاء

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٦٥ .

تلك الحقوق ، ونقلها أو تعديلها أو زوالها ، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يسجل التصرف القانونى ، فإن الحق العينى الأصلى الوارد على عقار لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول لا فيما بين طرفيه ولا بالنسبة للغير .

ويتم التسجيل بنقل صورة كاملة من المحرر المراد تسجيله واثبات كافة محتوياته فى دفتر الشهر ، أما القيد فيكفى فيه استخراج البيانات الجوهرية التى يهم الغير معرفتها ، وادراجها فى قائمة لتدون فى دفتر الشهر .

ولدراسة القيد نعرض فيما يلى للمسائل التالية : اجراء القيد ، أثر القيد ، تجديد القيد ،محو القيد والغاء المحو .

ويجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أن القانون المدنى قد أحال – بخصوص تلك المسائل – إلى قانون تنظيم الشهر العقارى ، حيث قضى بأن : « يتبع فى اجراء القيد وتجديده ، ومحوه والغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى [1] ، لذا ستجرى دراستنا على أساس نصوص هذا القانون .

الفرع الأول
اجراء القيد

(أ) الجهة المختصة باجراء القيد :

يجب اجراء القيد فى مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار المرهون فى دائرة اختصاصه ، وإذا كان العقار أو العقارات واقعة فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب اجراء الشهر فى كل مكتب منها . ولا يكون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو أجزاء العقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه [2] .

---

(١) م ١٠٥٤ مدنى .

(٢) م ٣ ، ٥ .

(ب) أطراف القيد :

أولاً – بالنسبة لطالب القيد ، فإن القاعدة العامة تقضى بأن اجراءات الشهر تتم فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم.

وعلى ذلك يستطيع اجراء القيد كل من الدائن المرتهن وورثته من بعده ، ويصدر طلب القيد منه أو ممن ينوب عنه ، ونظراً لأن القيد من أعمال الحفظ النافعة نفعاً محضاً بالنسبة للدائن ، فإنه يكفى لاجرائه أن يكون مميزاً ، وتكفى الوكالة العامة فى هذا الصدد .

ويجوز لمن يحال إليه الدين طلب القيد باسمه ، ويجوز لدائنى الدائن طلب القيد باسم مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، بل أن للفضولى طلب القيد لحساب الدائن المرتهن إذا توافرت شروط الفضالة .

ولكن لا يجوز لمكتب الشهر العقارى اجراء القيد من تلقاء نفسه ، إذ لابد من تقديم طلب من ذوى الشأن (١) .

ثانياً – أما بالنسبة لمن يُطلب القيد ضده فهو الراهن ، سواء أكان هو المدين أم الكفيل العينى . وإذا توفى الراهن ، فإنه يجوز اجراء القيد على اسمه أو على أسماء الورثة .

ويسير القانون المصرى حاليًا على نظام الشهر الشخصى حيث يجرى الشهر على اسم المتصرف وليس على العقار محل التصرف . لذلك فإنه يجب ترتيب دفاتر الشهر طبقاً لأسماء الأشخاص الذين يصدر منهم التصرف .

ويجب اعداد دفاتر هجائية للفهارس ، وأن يخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيه أسماء جميع الأطراف فى المحررات أو جميع ذوى الشأن فيها، وأن تعد سنوياً بكل مكتب من مكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل محافظة ، وترسل فى نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسى لتحفظ بدار المحفوظات فيه . ويجوز لكل شخص أن يطلب الاطلاع فى مكتب الشهر على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس أو على أى محرر تم شهره بعد أداء الرسم المستحق . وعلى مكاتب الشهر ، كلما طلب منها ذلك عن

---

(١) م ٢٠ . شمس الوكيل ص ١٧٨ .

مدة معينة ، وبالنسبة إلى شخص معين أن تسلم قائمة التسجيلات والقيود الواردة بالفهارس أو بيانًا يفيد عدم وجود تسجيلات أو قيود وذلك بعد أداء الرسم المستحق (١) .

ويعيب هذا النظام أنه ينطوى على كثير من المخاطر والارهاق بالنسبة للدائن المرتهن حيث يضطر للبحث عن القيود التى أخذت على العقار ضد مالكه الحالى والملاك السابقين ، إذ يمكن أن يكون أحدهم قد رتب رهنًا لا يزال نافذًا ، وتبدو المخاطر أمام احتمال الخطأ فى أسماء الملاك حيث تتشابه الأسماء إلى حد كبير فى بلادنا .

لهذا لجأت بعض الدول إلى نظام الشهر العينى حيث يجرى الشهر على العقار نفسه وليس على اسم المالك ، ويتم ترتيب دفاتر الشهر بحسب مواقع العقارات ، ويخصص لكل عقار صحيفة مستقلة فى السجل تقيد فيها جميع التصرفات التى ترد عليه ، مما يسهل عملية الشهر ويكفل وضوحها . وقد صدر قانون جديد للسجل العينى (٢) ، ولكن لم يعمل به حتى الآن .

(جـ) كيف يتم القيد :

يتم اجراء القيد على مرحلتين :

أولاً : المرحلة التمهيدية ، حيث يتم التقدم بطلب الشهر ، وتقوم المأمورية بقيده فى دفتر خاص بذلك يبين أسبقية طلبات الشهر من خلال وضع رقمًا متتابعًا بحسب أقدمية تقديمها وفقًا لتاريخ اليوم والساعة ، وتتولى المأمورية فحص الطلب من الناحية القانونية ، ثم تحيله إلى قلم الاستعلامات الهندسية لمعاينة العقار على الطبيعة للتثبت من مساحته وحدوده ، وبعد فحص الطلب يتم التأشير عليه بما يفيد قابليته للشهر .

ثانيًا : المرحلة النهائية ، وتتم بمكتب الشهر حيث يجب تقديم عقد الرهن المؤشر على مشروع صلاحيته للشهر بعد توثيقه ، مع قائمة ببيانات

---

(١) م ٢٥ : ٢٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى .

(٢) ١٤٢/ ١٩٦٤ .

الرهن . ويقوم المكتب باثبات البيانات ، بعد التأكد منها ، فى دفتر الشهر برقم متتابع مع ذكر تاريخ اليوم والساعة لتحديد أسبقية القيد .

ويتم اتباع تلك الاجراءات بالنسبة لقيد سائر التأمينات العينية العقارية غير الرهن الرسمى : الرهن الحيازى ، حق الاختصاص ، حقوق الامتياز الخاصة العقارية .

(د) بيانات قائمة القيد :

يجب على طالب القيد أن يقدم لمكتب الشهر العقارى المختص ، مع عقد الرهن ، قائمة تشتمل على مجموعة من البيانات (١) . وتتمثل فى :

أولاً : اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل اقامته ومحله المختار فى دائرة المحكمة ، فإن لم يختر له محلاً صح اعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة . وتبدو أهمية المحل المختار فى التسهيل على الغير فى اعلان الدائن سواء لتطهير العقار أو للحجز عليه وغير ذلك من الاعلانات التى يستلزمها القانون .

ويجب تعيين موطن مختار للدائن فى دائرة المحكمة التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها حتى ولو كان الموطن الفعلى له فى هذه الدائرة ذاتها . ويجوز استبدال الموطن المختار بآخر فى دائرة المحكمة بشرط التأشير بذلك فى هامش قائمة القيد .

ثانيًا : اسم المدين أو المالك الذى رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ولقبه وصناعته ومحل اقامته . أى أنه يجب ذكر اسم الراهن سواء كان المدين أم الكفيل العينى . وينبغى ذكر سنه وجنسيته ومحل اقامته واسم أبيه وجده لأبيه .

وتبدو أهمية ذلك فى أن نظام الشهر يقوم على أساس شخصى وليس عينى ، حيث يتم شهر التصرف على اسم من صدر منه ، لذا وجب تعيين المتصرف تعييناً كافياً حتى يسهل الكشف على التصرفات الواردة على العقار موضوع البحث .

---

(١) بينتها المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى .

ثالثاً : تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها ، أى بيان عقد الرهن حتى يتمكن الغير من التأكد من صحته ، وتوافر شروطه الشكلية والموضوعية ، خاصة فيما يتعلق بأهلية الراهن ، والجهة المختصة بابرامه .

رابعًا : مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه ، أى أنه يجب تخصيص الدين من حيث المقدار وموعد الاستحقاق وما إذا كان منتجاً لفوائد وأحكامها ، حتى يتمكن الغير من معرفة طبيعة الدين الذى يضمنه العقار المراد التعامل عليه .

وإذا كان الدين غير معين المقدار ، وذلك بالنسبة للديون الاحتمالية والمستقبلة ، كما فى حالة فتح الاعتماد ، فإنه يجب أن يذكر الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين .

والعبرة بمقدار الدين المذكور فى القيد إذا كان أقل من المقدار المذكور فى عقد الرهن ، أما إذا كان هذا المقدار أكبر مما ذكر فى عقد الرهن ، فإنه يعتد بالقيمة الأقل .

خامساً : تعيين العقار الذى رتب عليه الرهن تعييناً دقيقًا ، أى تخصيص العقار المرهون فى القيد ، كما هو الحال فى عقد الرهن ، وذلك بذكر البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده ، فإن كان من الأراضى الزراعية ، وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها ، وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد (١) .

ويجب أن تطابق البيانات الواردة فى عقد الرهن تلك المذكورة فى القيد . ولا يغنى تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون أو الدين المضمون بالرهن، فى عقد الرهن .، عن التخصيص فى قائمة القيد ، لأن التخصيص فى العقد شرط لازم لانعقاده ، أما التخصيص فى القيد فيقصد به اعلام الغير بالرهن لسريانه فى مواجهته .

---

(١) م ٢٢ .

(هـ) جزاء النقص فى البيانات الواجبة فى قائمة القيد :

« لا يترتب على اغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة ٣٠ بطلان القيد إلا إذا نتج من ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب اغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها. وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه» (١).

يتضح من النص أن الجزاء على اغفال بيان أو الخطأ فيه يتوقف على نطاق الضرر الناجم عن ذلك ومداه ، لذا لا يجوز أن يتمسك به إلا من لحقه ضرر فعلاً ، وعليه يقع عبء اثبات الضرر . ويقدر القاضى الجزاء الذى يحكم به كنوع من التعويض عن الضرر الواقع بالفعل تطبيقاً للمبادئ العامة فى المسؤولية التقصيرية . ويعد تقدير القاضى فى هذا الشأن مسألة موضوعية ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض .

فللمحكمة أن تقرر عدم الاعتداد بالقيد كله وبالتالى عدم نفاذ الرهن فى حق الغير المضرور بسبب اغفال البيان أو الخطأ فيه ، وقد يكتفى القاضى بانقاص أثر القيد إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر ، كأن يقصره على بعض العقارات المرهونة دون البعض أو على مقدار الدين المذكور فى القيد إذا كان أقل من الدين الحقيقى .

وبناء عللى ذلك فإن الجزاء الذى وضعه المشرع ليس بطلاناً بل هو عدم نفاذ القيد كلياً أو جزئياً فى حق الغير فى حدود ما أصابه من ضرر .

وتجدر الاشارة فى النهاية إلى أنه يجوز لمن قام بالقيد الخاطئ تصحيح البيان الخاطئ أو اضافة البيان الناقص ، ولكن ذلك التصحيح لا يعتد إلا من تاريخ اجرائه ، فهو لا يرتد إلى الماضى حيث يعد بمثابة قيد جديد ، وتحدد مرتبة الرهن من تاريخ القيام به .

(و) حوادث تمنع اجراء القيد وتعطل أثره :

يجوز اجراء القيد ، فى أى وقت ، فور ابرام عقد الرهن ، ولو كان

---

(١) م ٤١ .

الدين المضمون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، كالدين الناشئ من فتح اعتماد. وللدائن أن يتراخى ، كما يشاء ، فى قيد الرهن ، إلا أن من مصلحته المبادرة إلى اجرائه حيث لا يسبقه دائن آخر فى ذلك ، ويتقدم عليه فى المرتبة، ويتقاضى حقه قبله من العقار المرهون .

إلا أن هناك بعض الحوادث التى تمنع اجراء القيد ، وتعطل أثره ، بمعنى أنه إذا وقعت احداها تعذر على الدائن أن يقيد بعدها رهنه ، ولا ينتج القيد الذى يتم بعدها أثره القانونى ، وهذه الحوادث هى :

أولاً: تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون : تبدأ اجراءات التنفيذ على العقار بتنبيه يعلن إلى الراهن ، ويتم تسجيل هذا التنبيه ، ويترتب على ذلك اعتبار العقار محجوزاً .

ولا يمنع تسجيل تنبيه نزع الملكية اجراء قيد الرهن على العقار ، إلا أن هذا القيد الذى يتم بعد التسجيل لا يكون نافذاً فى حق الدائن الحاجز ولو كان دائناً عادياً ، ولا فى حق الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه ، ولا فى حق من حكم بايقاع البيع عليه (١) . ويسرى هذا الحكم حتى ولو كان عقد الرهن قد أبرم قبل ذلك ، ولو كان ثابت التاريخ قبل هذا التسجيل . وهذا هو نفس الحكم فيما يتعلق بقيد الاختصاص وقيد الامتياز .

ثانياً : افلاس المدين التاجر: « لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكتسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون اخلال بالأحكام المقررة فى الافلاس » (٢).

وطبقاً لقانون التجارة فإن كل رهن أو تأمين اتفاقى آخر وكذلك اختصاص يتقرر على أموال المدين لدين سابق على التأمين لا يجوز التمسك به فى مواجهة جماعة الدائنين ، إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الافلاس . وحقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة

---

(١) م ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ مرافعات .

(٢) م ١٠٥٣ مدنى .

على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها فى مواجهة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يومًا من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص .

يأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالى للرهن أو الاختصاص الذى حكم بعدم نفاذه فى مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا التأمين ، ومع ذلك لا يعطى الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين (١) .

ثالثًا : شهر اعسار الراهن: يجوز شهر اعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، ويجب على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الاعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين .

ومتى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين (٢) . وبناء على ذلك فإن الرهن الذى يبرمه المدين بعد تسجيل الصحيفة لا يسرى فى حق الدائنين.

ولكن التساؤل ثار بالنسبة للرهن الذى ينشأ صحيحًا قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فهل يجوز قيده بعد هذا التسجيل ؟ .

ذهب البعض إلى عدم نفاذ القيد الذى يجرى بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار فى مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل هذا التسجيل ، وهم يستندون إلى القياس على الحكم القاضى بأنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذن يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (٣) . » فإذا كان الدائن لا يستطيع ايقاع اختصاص على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة

---

(١) م ٥٩٨/د ، ٦٠١ من قانون التجارة ١٩٩٩/١٧ .

(٢) م ٢٤٩ ، ٢٥٣ ، ٢٥٧ مدنى .

(٣) م ٢٥٦ مدنى .

دعوى الاعسار ، اضراراً بحقوق الدائنين الذين تكون لهم حقوق سابقة ، ولأن الرهن لا يختلف عن الاختصاص ، يمكن القول بأن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا ينفذ فى حق الدائنين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل » .

ولكن الرأى الراجح يذهب إلى أن القيد الذى يجرى بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ينتج كافة آثاره ، ويكون نافذاً فى مواجهة جميع الدائنين طالما كان العقد قد نشأ صحيحاً قبل هذا التسجيل .

« ولا يجوز قياس الرهن على الاختصاص فى هذا الصدد ، لعدم اتحادهما فى العلة ، فعلة عدم نفاذ حق الاختصاص هى رغبة المشرع فى تحقيق المساواة بين دائنى المدين المعسر ، ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر اعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الاجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها لكى يتقدموا على غيرهم. فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقاراته بعد هذا التسجيل . أما بالنسبة للرهن الذى انعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، أى فى الوقت الذى كان المدين فيه حراً فى نشاطه القانونى، فلا يوجد ما يستدعى عدم نفاذه فى حق الدائنين إذا ما قيد بعد التسجيل ، لأن القيد لا يعتبر تصرفاً من المدين حتى يقال بعدم نفاذه » .

أضف إلى ذلك أن القياس السابق غير سليم لأن « هذا النص ينصرف إلى ترقيع الاختصاص وليس إلى شهره ، بحيث إذا تقرر اختصاص على عقار للمدين قبل تسجيل دعوى الاعسار ، جاز شهره بعد ذلك . وكذلك الرهن إذا تم قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، جاز قيده بعد ذلك » .

رابعًا : وفاة الراهن : إذا أبرم عقد الرهن فى حياة الراهن ، فهل يمكن قيده بعد وفاته ؟

ذهب البعض إلى أن قيد الرهن بعد وفاة الراهن لا ينفذ فى حق الدائنين الآخرين للتركة ، ولو كان الرهن قد نشأ قبل الوفاة ، ويعتبر الدائن المرتهن الذى لم يقيد رهنه قبل وفاة المورث فى مركز الدائن العادى . ومن المبادئ المقررة أن دائنى المتوفى العاديين يتساوون جميعاً ، ولا يجوز أن يتميز أحدهم

على الآخرين بسبب لاحق للوفاة . أضف إلى ذلك أن حقوق الدائنين تتعلق مباشرة بالتركة بمجرد وفاة المدين ، فلا يمكن ، بعد الوفاة ، أن يقوم ما يترتب عليه نقص فى حقوقهم . وقياساً على الحكم الذى يقرر بأنه لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار مدينه (١) .

ولكن الرأى الراجح يذهب إلى جواز قيد الرهن بعد وفاة الراهن ، ونفاذه فى مواجهة دائنى التركة . ويؤدى القول بغير ذلك إلى انكار الأثر القانونى الذى يترتب على عقد الرهن ، حيث يتقرر للدائن بمقتضاه حق عينى على العقار ، ولا ينقص هذا الحق حتى ينفذ فى مواجهة الغير إلا أن يتم قيده . ويلتزم الراهن ، وورثته من بعده بمعاونة المرتهن فى اجراء القيد ، « وإلا جاز له أن يستصدر ضدهم حكماً بصحة الرهن ونفاذه ويقيده فى مواجهتهم. هذا إلى أن وفاة المدين ليس من شأنها التسوية بين جميع الدائنين ، بل يبقى كل منهم محتفظاً بما له من حق فى التقدم على غيره. وأخيراً فإن القياس على حق الاختصاص ممتنع ، لأن الاختصاص يتقرر رغماً عن المدين وسعياً من الدائن للحصول على مزية على غيره من سائر الدائنين » .

الفرع الثانى
أثر القيد

نفاذ الرهن فى حق الغير :

« ١- لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون اخلال بالأحكام المقررة فى الافلاس .

٢- ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » .

---

(١) م ١٠٨٥ مدنى .

M. Simler et P. Delebecque, les sûretés, la publicité fonçière, Dalloz, 1995, n. 480.

« جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير» (١).

يتضح من ذلك أن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم قيد العقد أو الحكم المثبت له . فإذا كان الغير قد كسب حقاً عينياً أو تبعياً على العقار المرهون قبل قيد الرهن ، فإن هذا الغير يتقدم على الدائن المرتهن. أما إذا تم قيد الرهن قبل قيام الغير بتسجيل الحق العينى الأصلى أو بقيد الحق العينى التبعى ، فإن الدائن المرتهن يستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة هذا الغير ، ويمكن للدائن بالتالى أن يتقدم على الغير صاحب التأمين العينى ، ويتتبع العقار المرهون فى يد من انتقلت إليه ملكيته .

وإذا قام الدائن المرتهن بتحويل حقه للغير ، أو باحلال شخص آخر محله في هذا الحق حلولاً اتفاقياً أو حلولاً قانونيًا ، أو بالتنازل عن مرتبة القيد الأصلى لمصلحة دائن آخر متأخر فى المرتبة أو دائن عادى ، فإن كل ذلك لا يسرى فى حق الغير إلا إذا تم التأشير به فى هامش القيد الأصلى .

إن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ فى حق الغير إلا بالقيد . ويستطيع الدائن المرتهن ، من وقت اجراء القيد ، أن يتمسك بحقه فى الأفضلية أو التقدم فى مواجهة الدائنين العاديين والدائنين اللاحقين له فى المرتبة ، ويمكنه كذلك أن يحتج بحقه فى التتبع قِبل من يكتسب ملكية العقار المرهون .

ولكن القيد لا ينتج أثره على هذا النحو إلا إذا كان مستنداً إلى عقد رهن صحيح ، لأن شهر التصرف لا يحصنه من أسباب الطعن ، فقيد الرهن لا يحول دون الطعن ببطلان العقد المنشئ له ، وإذا حكم ببطلانه سقط الرهن

---

(١) م ١٠٥٣ مدنى ، م ١٢ من قانون الشهر العقارى .

ولا يترتب على القيد أى أثر ، كما فى حالة الرهن الصادر من غير مالك . ونفس الحكم إذا كان عقد الرهن صورياً صورة مطلقة ، أى لم يقصد بـه الطرفان انشاء حق الرهن ، فإنه يعتبر لا وجود له قانـوناً ، ولا يترتب على قيده نشوء حق الرهـن وامكان الاحتجاج به على الغير .

والقيد هو الوسيلة القانونية الوحيدة التى يثبت بها علم الغير بالرهن ، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج على الغير بالرهن غير المقيد ولو كان هذا الغير يعلم به وقت كسب حقه ، إذ لا يجوز التعويل على العلم المستفاد من خارج دفاتر الشهر(١) .

الفرع الثالث
تجـديد القـيد

(أ) تجديد القيد كل عشر سنوات :

« يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ اجرائه ، على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً تكون مرتبته من وقت اجرائه . وكل تجـديد لا يكون له أثر الا لمدة عشـر سنوات من التـاريخ الذى أجرى فيه (٢) .

مؤدى ذلك أن قيد الرهن يؤدى إلى نفاذه فى حق الغير لمدة عشر سنوات فقط من يوم اجرائه ، فإذا لم يجدد الدائن المرتهن قيد الرهن قبل فوات هذه

---

(١) هدف المشرع من الأحكام الواردة فى المادتين ١٢ ، ٥٨ من القـانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والمادتين ١١١٤ ، ١٠٥٤ من التقنين المدنى الجديد بتنظيم شهر التصرفات العقارية حماية للائتمان العقارى ، فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم تكون القواعد التى قررتها قواعد آمرة واجبة التطبيق حتماً ولا تسوغ مخالفتها بمقولة «أن من شرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك بها » فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه وإن كان الطاعن من فريق الغير إلا أنه ليس له أن يستفيد من عدم قيد الرهن وفقاً للقانون لتنازله عن حقه فى ذلك وقبوله سريان الرهن بالنسبة له فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون . نقض ١٩٦٠/٦/٩ س ١١ ص ٤١٥ .

(٢) م ٤٣ من قانون الشهر العقارى .

المدة ، فإن القيد يسقط بقوة القانون ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالسقوط ، بل أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ويجب تجديد قيد الرهن خلال عشر سنوات من تاريخ اجراء القيد ، أو من تاريخ اجراء التجديد ، وتحسب تلك المدة بالتقديم الميلادى ، ولا يحسب اليوم الذى أجرى فيه القيد ، ويحسب اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة رسمية.

ويجوز التجديد ، قبل سقوط القيد الأول ، ولو قام عائق يمنع اجراء القيد أو نفاذه ، كافلاس الراهن مثلاً ، لأن التجديد لا يشهر حقًا جديداً ولكنه اجراء لمنع سقوط القيد الأصلى ويحفظ للحق السابق مرتبته ، بل أن تجديد القيد واجب حتى ولو قام مثل هذا العائق . وتطبيقاً لذلك نص المشرع على أن تجديد القيد واجب حتى أثناء الاجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى (١) . ولكنه لا يكون واجبًا إذا انقضى الحق أو طهر العقار، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر ، وكذلك الحال إذا نزعت ملكية العقار للمنفعة العامة ، نظراً لأن هذا العقار يتطهر من الرهن وينتقل حق الدائن إلى الثمن .

ويجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز (٢) .

(ب) اجراءات التجديد :

لم يذكر القانون شيئاً عن اجراءات التجديد ، إلا أنه يتضح من العمل أن التجديد يتم بناء على طلب الدائن أو خلفه أو نائبه ، فكل من له طلب القيد يمكنه طلب التجديد . ويتم اجراء التجديد ضد الراهن أو خلفه .

ويجب أن يذكر بوضوح فى التجديد أنه حاصل تجديداً لقيد سابق مع ضرورة بيان رقم وتاريخ هذا القيد حتى يعلم الغير أن مرتبة الرهن ترجع إلى ذلك التاريخ وليس فقط إلى تاريخ التجديد . وإذا لم يذكر ذلك البيان ، اعتبر

---

(١) م ٤٤ من قانون الشهر العقارى .

(٢) م ١٠٦٢ مدنى .

القيد قيداً جديداً لا تجديداً ، وتحسب مرتبته من وقت اجرائه ، ويفقد القيد الأول مرتبته الأصلية .

وليس من الضرورى أن يتضمن التجديد جميع البيانات التى يستلزمها القانون لاجراء القيد ، ولكن العمل يسير ، من قبيل التحوط ، على أن يتضمن التجديد تلك البيانات ، وفى حالة تكرار التجديد ، يكفى الاشارة فى كل مرة إلى التجديد السابق ، دون حاجة إلى ذكر القيد الأصلى .

ويتحمل الراهن مصروفات التجديد ، شأن مصروفات القيد ، وإذا أنفق الدائن المرتهن شيئاً منها ، كان له أن يرجع بما أنفقه على الراهن ، وتضاف بقوة القانون إلى الدين الأصلى وتأخذ مرتبته (١).

(جـ) الحكمة من التجديد :

ترجع الحكمة فيه إلى توفير مشقة البحث ، سواء بالنسبة للغير أو بالنسبة لموظفى الشهر العقارى ، حيث تكون القيود التى تتعلق بعقار معين موزعة ، حسب تاريخ اجرائها وأسماء طالبيها ، فى دفاتر متعددة ، ويتعين بالتالى على من يريد العلم بالرهون التى تثقل العقار البحث عنها تحت أسماء الملاك المتعاقبين للعقار ولفترة طويلة ، وما يستتبع ذلك من جهد ، واحتمال التعرض للأخطاء ، وزعزعة الثقة فى نظام شهر الرهون.

لذا كان تجديد القيد وسيلة لقصر البحث على العشر سنوات الأخيرة ، وعلى دفاتر الشهر الخاصة بتلك الفترة ، ويوفر ذلك على مكاتب الشهر جهود حفظ سجلات كثيرة ، مما يقلل من احتمالات الخطأ ، ويساعد على سرعة البحث ، ويوفر الثقة فى نظام الشهر .

(د) أثر التجديد :

إذا تم تجديد القيد خلال العشر سنوات من وقت اجرائه ، فإن الرهن يستمر سارياً فى مواجهة الغير لمدة عشر سنوات أخرى ، ويظل محتفظاً بنفس مرتبة القيد الأصلى ، ويتعين لحفظ ذلك الأثر تجديد القيد مرة أخرى

---

(١) محمد كامل مرسى ، ص ١٣٣ .

قبل نهاية هذه المدة ، بقطع النظر عن التاريخ الذى كانت تنقضى فيه مدة القيد الأصلى أو التجديد السابق (١) .

فالتجديد مجرد وسيلة للمحافظة على المرتبة التى يمنحها القيد الأصلى للدائن المرتهن . ان التجديد ، إذا أجرى فى الميعاد ، يعتبر استمراراً للقيد القديم ، أما إذا أجرى بعد الميعاد ، فإنه يعد بمثابة قيد جديد له مرتبته من وقت اجرائه .

أما إذا لم يجدد القيد فى ميعاده ، فإن القيد يسقط ويزول أثره (٢) ، وتضيع مرتبة الدين التى يكون القيد قد حفظها ، ويعتبر الرهن كأن لم يقيد أصلاً ، ويتقدم الدائنون اللاحقون فى المرتبة والغير الذين كسبوا حقوقًا على العقار المرهون على الدائن المرتهن الذى لم يجدد قيد رهنه .

ولكن الرهن يبقى قائمًا ، رغم عدم نفاذه فى مواجهة الغير ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى قيداً جديداً تكون مرتبته من وقت اجرائه . ويجب لاجراء القيد الجديد ألا يوجد حادث يعوق إجراءه قانونًا كافلاس الراهن ، أو انتقال ملكية العقار المرهون إلى خلف خاص .

« وقد قضى بأن سقوط القيد يعيد مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل اجراء القيد ، فإذا جدد القيد بعد سقوطه ، وكان قد سبق هذا التجديد تسجيل تصرف صدر من الراهن فى العقار المرهون ، فإن تجديد القيد لا يكون له أثر بالنسبة إلى المتصرف إليه ، ولو كان تسجيل التصرف المذكور قد تم فى أثناء نفاذ القيد الأول وقبل سقوطه » .

---

(١) م ٤٣ من قانون الشهر العقارى .

(٢) وقد قضى بأن عدم تجديد قيد الرهن فى الميعاد يجعله معدوم الأثر ، وليس يغنى عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتًا بحكم فإن حجية الأحكام لا تتعدى أطرافها ، وهى فى حد ذاتها من غير تسجيل لا تنشئ حقوقًا عينية يحتج بها على الكافة . كذلك لا يغنى أن يكون الغير عالمًا بحصول الرهن لأن القانون أوجب بصفة مطلقة اجراء التجديد لكى يبقى للرهن أثره فى حق الغير ، ولم يستثن إلا الحالة الواردة فى قانون المرافعات الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضى المواعيد التى تجوز فيها زيادة العشر . واذن فلحائز العقار إذا لم يجدد المقيد أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة له ولو كان عالمًا به . نقض ١٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٦/١١ .

الفرع الرابع
محو القيد والغاء المحو

(أ) المقصود بمحو القيد أو شطبه :

المحو والشطب ليس معناه محو القيد أو شطبه ماديا ، وإنما يقصد به ازالته أى اعتباره غير موجود ، حتى يعلم الغير بتحرر العقار من الرهن. ويتم ذلك عن طريق التأشير على هامش القيد ، بمعرفة الموظف المختص فى الشهر العقارى ، مع ترك القيد نفسه فى الدفاتر ، بما يفيد زواله ، مع ضرورة الاشارة إلى السند الرسمى الذى تم بمقتضاه رفع القيد.

(ب) موجبات الشطب :

يمكن أن يوجد أكثر من سبب يستدعى محو القيد :

١- إذا انقضى الرهن ، فلا يكون هناك مبرر لبقاء القيد لأن الغرض منه هو اعلام الغير بوجود هذا الرهن . فقد يقضى ببطلان الرهن أو بانقضائه بأى سبب من أسباب الانقضاء ، هنا يجب محو القيد حتى تكون دفاتر الشهر مطابقة للحقيقة . ومن أمثلة ذلك زوال السند المقرر للرهن بأثر رجعى ، أو لأن المالك الحقيقى ، فى حالة رهن ملك الغير ، يعتبره غير سار فى حقه . فى هذا الفرض يزول الرهن مع بقاء الدين المضمون صحيحاً قائماً .

٢- إذا انقضى الدين المضمون بالرهن بالبطلان أو بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالوفاء أو الابراء ، هنا ينقضى الرهن بالتبعية لأنه يقوم لضمان هذا الدين ، ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ، ويجب محوه (١) .

٣- إذا قبل الدائن المرتهن النزول عن القيد وحده مع بقاء الرهن قائماً ، فقد يوافق المرتهن على رفع القيد بارادته دون أن ينزل عن الرهن ، ومن ثم يصبح هذا الرهن غير نافذ فى مواجهة الغير ، ويستطيع الراهن الاستفادة بالعقار فى الحصول على ائتمان جديد . ويمكن للدائن أن يجرى قيداً جديداً

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٨٥ .

تكون له مرتبته من يوم اجرائه ، أى أن المرتهن ، فى هذه الحالة ، يكون قد تنازل فقط عن مرتبة رهنه لدائن آخر .

٤- إذا كان العقد نفسه غير صحيح ، ففى هذه الحالة أيضاً يجب محوه.

فى هذه الحالات يكون للراهن مصلحة فى أن يبادر إلى شطب القيد ، حتى يتحررالعقار من الرهن الذى يثقله ويستعيد قيمته الائتمانية ، إلا أن الراهن قد لا يلجأ إلى ذلك تفادياً لنفقات الشطب ، ويترك القيد يسقط بعدم تجديده فى الموعد .

(جـ) طرق المحو (سند المحو) :

« لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه » (١) .

يتضح من ذلك أن هناك طريقين لمحو القيد : المحو الاختيارى ، المحو القضائى .

أولاً : المحو الاختيارى : يكون الشطب رضائيًا إذا حصل برضاء الدائن المرتهن أى باختياره ، ويتم بارادته المنفردة ، ومن ثم فهو عمل قانونى من جانب واحد ، لا يلزم له قبول الراهن .

ويجب أن تكون ارادة الدائن فى التعبير عن القيد أو الرهن أو كلاهما مؤكدة وواضحة فى تحديد نطاق ذلك النرول . وإذا ثار شك حول مضمون هذه الارادة ، فإن التفسير يكون لصالحه ، ويتم قصر النزول على القيد دون الرهن .

وإذا توفى الدائن ، أمكن اجراء المحو برضاء ورثته جميعاً أو رضاء من وقع الدين المضمون بالرهن فى حصته . وإذا حول الدين وجب رضاء المحال إليه دون حاجة لرضاء الدائن الأصلى .

ويخضع المحو الاختيارى للنظرية العامة للتصرف القانونى من حيث توافر الرضاء وسلامته من عيوب الارادة .، ويجب أن يصدر الرضاء من شخص

---

(١) م ٤٥ من قانون الشهر العقارى .

تتوافر فيه الأهلية . وتختلف تلك الأهلية بحسب ما إذا كان الدائن قد قبل شطب الرهن لأنه قبض الدين أو دون مقابل أى تنازلاً منه عن القيد أو عن القيد والرهن .

فإذا كان الشطب قد تم بعد أن استوفى الدائن حقه ، فإنه يكفى أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين ، أى أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وهى أهلية التصرف فى الدين المضمون ، أى يجب أن يكون الدائن كامل الأهلية أى بالغًا سن الرشد غير محجور عليه . ويكفى توافر ولاية القبض بالنسبة للنائب ، أى تكفى الوكالة العامة لأن قبض الدين يدخل فى أعمال الادارة . ويمكن أن يقوم به الوصى نيابة عن القاصر .

أما إذا كان المحو دون مقابل ، فإنه يعتبر عملاً ضاراً ضرراً محضًا ، ويجب أن تتوافر لدى الدائن المرتهن أهلية القيام بهذا العمل ، أى أهلية التصرف فى الدين المضمون بالرهن ، وبصفة خاصة أهلية التبرع أو التنازل عن الدين. ويجب توافر ولاية التصرف فى الدين بالنسبة للنائب ، ومن ثم لا تكفى الوكالة العامة ، ولابد من وكالة خاصة ، ولا يجوز للوصى القيام بذلك إلا بعد الحصول على اذن المحكمة .

وأخيراً فإن موافقة الدائن المرتهن على محو القيد يجب أن تكون ثابتة فى محرر رسمى ، فإذا صدرت منه فى ورقة عرفية كانت باطلة ، وإذا تمت بالوكالة وجب أن يكون سند التوكيل رسمياً .

ثانياً : المحو القضائى : الشطب القضائى هو الذى يصدر به حكم قضائى، ويكون فى حالتين :

الأولى : إذا رفض الدائن المرتهن اعطاء موافقته على المحو رغم قيام سببه ، أى لم يعد هناك مبرر لبقائه ، كما فى حالة بطلان الرهن أو انقضاء الدين .

الثانية : إذا تعهد الدائن فى ورقة عرفية ولم يقم به أى رفض توثيق رضائه فى محرر رسمى .

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يرفع دعوى أمام المحكمة ليستصدر حكمًا برفع القيد وسقوطه ، فيمكن أن ترفع الدعوى من الراهن أو حائز العقار المرهون أو الدائن المرتهن المتأخر حيث يؤدى المحو إلى تقدم مرتبته . وتوجه

الدعوى إلى صاحب المصلحة فى القيد كالدائن المرتهن أو وارثه أو المحال له بالدين .

وترفع الدعوى أمام محكمة العقار المرهون ، وهى التى أجرى القيد فى دائرتها . ومتى صدر الحكم برفع القيد وأصبح نهائيًا ، فإنه يتم تقديمه إلى مكتب الشهر لاجراء المحو .

(د) أثر المحو :

إذا تم المحو بالرضاء أو بالقضاء وتم التأشير بذلك على هامش القيد ، ترتب على ذلك اعتبار القيد كأن لم يكن ، ويفقد الدائن المرتبة التى اكتسبها بمقتضاه ، ويصبح الرهن غير نافذ فى مواجهة الغير ، مع بقائه قائماً فيما بين المتعاقدين ، وذلك فى حالة عدم سداد الدين وبقاء الرهن. ويستطيع الدائن أن يجرى قيداً جديداً للرهن يأخذ مرتبته من وقت اجرائه .

والقاعدة أن شطب القيد لا يعنى زوال الرهن ، إلا إذا نص على ذلك بوضوح فى تقرير المرتهن أو فى الحكم ، وإذا ثار الشك ، فإنه يفترض بقاء الرهن وقصر النزول عن القيد فقط .

(هـ) الغاء المحو :

يجوز الغاء المحو بعد حصوله ، سواء كان رضائيًا أم قضائيًا ، أى اعتبار القيد قائمًا لم يتم شطبه فى وقت من الأوقات ، وذلك إذا وجد سبب يستوجب ذلك . ولا يجوز الغاء المحو إلا برفع دعوى وصدور حكم قضائى بذلك .

فقد يتم الغاء الحكم الصادر بالمحو بعد الطعن فيه بطريقة غير عادية كالطعن بالنقض أو بالتماس اعادة النظر . وقد يصدر حكم بابطال رضاء الدائن بالمحو لعدم توافر الأهلية لديه أو لأن لرادته كانت معيبة بعيب من عيوب الرضاء .

وترفع دعوى الغاء المحو أمام محكمة العقار على الراهن ممن يهمه الغاء المحو ، وإذا صدر حكم نهائى بالغاء المحو ، فإنه يؤشر به فى هامش القيد الذى أشر عليه بالمحو .

وإذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ، ومع ذلك لا يكون لالغائه أثر رجعى بالنسبة للقيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والالغاء (١) .

يقرر هذا النص قاعدة عامة ، ثم يوردا استثناء عليها :

- فالقاعدة العامة هى أنه يترتب على الحكم بالغاء المحو ، اعتباره كأن لم يكن ، ويعتبر القيد قائمًا وأنه لم يمح فى أى وقت من الأوقات ، ويظل محتفظًا بمرتبته الأصلية ، أى أن الدائن المرتهن يسترد مرتبته التى تثبت من القيد المشطوب . فعودة القيد بمرتبته الأصلية مؤداه أن الغاء الشطب يتم بأثر رجعى .

- استثنى المشرع من قاعدة الأثر الرجعى لمحو الشطب القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والغائه . مؤدى ذلك أن الرهن تعود له مرتبته الأصلية ، نتيجة الأثر الرجعى لمحو الشطب ، فى مواجهة الغير الذين كانت لهم حقوق على العقار بعد القيد وقبل شطبه ، لأن الرهن كان ساريًا فى مواجهتهم وكانوا يعلمون به ورتبوا أمورهم على هذا الأساس ، فلا تضر بهم عودته بعد ابطال الشطب .

ولكن لا يحتج بابطال الشطب على الغير الذين اكتسبوا حقوقًا وشهروها بالقيد أو بالتسجيل ، بعد شطب القيد ، أى أن الرهن لا يحتج به ضد هؤلاء الغير لأنهم اكتسبوا حقوقهم فى وقت لم يكن للقيد فيه أثر ، وكانوا يعتقدون اعتقادًا مشروعًا بزواله .

فإذا تم بيع العقار بعقد مسجل بعد شطب القيد ، ثم صدر حكم بالغاء هذا الشطب ، فإن ذلك لا يكون بأثر رجعى ، ولا تؤثر عودة القيد على ملكية المشترى ، ولا يستطيع الدائن المرتهن الاحتجاج بحقه فى مواجهة هذا المشترى . ونفس الحكم بالنسبة لمن يكتسب رهنًا على العقار فى تلك الفترة، فإن عودة الرهن القديم بمرتبته بعد التأشير بالغاء المحو ، لا يكون له أثر فى مواجهته .

---

(١) م ٤٦ من قانون الشهر العقارى .

وإذا كان محمد دائن بألفين وقيد رهنه فى سنة ١٩٨٠ ، وقيد أحمد ، وهو دائن بثلاثة آلاف ، رهنه فى سنة ١٩٨١ ، ومحى قيد محمد فى سنة ١٩٨٢ ، وقيد علي ، وهو دائن بألفين ، رهنه فى سنة ١٩٨٣ ، وألغى محو القيد فى سنة ١٩٨٤ ، وكان ثمن العقار المرهون أربعة آلاف ، فإن التوزيع يكون على الوجه الآتى : يعطى على نصيبه باعتبار أن أحمد وحده هو الذى يتقدم عليه ، لأن الغاء المحو فى قيد محمد ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى على كما تقدم . فيكون ما يأخذه من ثمن العقار ألف . ويوزع الباقى من الثمن ، وهو ثلاثة آلاف ، بين محمد وأحمد ياعتبار أن محمد يتقدم على أحمد ، إذ أن الغاء المحو له أثر رجعى بالنسبة لهذا الأخير ، فيكون ما يأخذه محمد هو ألفان وما يأخذه أحمد هو ألف .

المطلب الثانى

الحق فى الأفضلية أو التقدم

الفرع الأول

معنى التقدم

« يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » (١) .

تفترض ميزة التقدم وجود أكثر من دائن للمدين ، ومن ثم يقوم التنازع بين الدائن المرتهن والدائنين الآخرين . أما إذا كان الراهن مديناً للدائن المرتهن فقط ، فلن يحتاج هذا الدائن إلى استعمال سلطة التقدم ، ما دام هو الدائن الوحيد . وكذلك الحال إذا كانت أموال المدين تكفى لسداد كل الديون ، فلن يثور التزاحم بين الدائنين ولا نكون بحاجة إلى المفاضلة بينهم .

أما إذا كان هناك أكثر من دائن ، ولم تكن أموال المدين كافية لتغطية كل الديون ، فلابد من المفاضلة بين الدائنين لفض التزاحم بينهم.

---

(١) م ١٠٥٦ مدنى .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد هى أن الدائن المرتهن يتقدم فى استيفاء حقه من محل الرهن ، على الدائنين أصحاب التأمينات المقيدة التالية له فى المرتبة ، ويكون ذلك طبقاً للمبادئ التالية :

-أولاً : يتقدم الدائن المرتهن على سائر الدائنين العاديين فى استيفاء حقه، ولو كان حقه المضمون بالرهن قد نشأ بعد حقوقهم ، وأيا كان تاريخ قيده للرهن ، المهم أن يكون هذا القيد قد تم قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون ، ويترتب على ذلك أن الدائن العادى لا ينال شيئاً من ثمن العقار إلا بعد أن يستوفى المرتهن كل حقه منه .

ثانياً : إذا تعدد الدائنون المرتهنون على نفس العقار ، فإن المفاضلة بينهم تكون بحسب تاريخ قيد رهونهم ، أى أن ترتيبهم فى استيفاء حقوقهم من ثمن العقار المرهون يكون وفقًا لترتيب قيودهم ، بغض النظر عن تاريخ نشأة الدين ، أو تاريخ عقد الرهن . فالقاعدة هى أن مرتبة الرهن تحسب من وقت قيده.

فإذا قيدت الرهون فى أيام مختلفة قدم صاحب الرهن الأسبق فى التاريخ، وإذا قيدت فى يوم واحد ، فإن الترتيب بينها يكون بحسب ساعة القيد حيث يتم ذلك وفقاً لأرقام متتابعة طبقاً لتاريخ وساعة اجراء الشهر .

ثالثًا : إذا قام التزاحم بين الدائن المرتهن ودائن له حق امتياز عام ، فإن هذا الامتياز ، بالرغم من أنه لا يلزم فيه الشهر ، إلا أنه يتقدم على جميع أصحاب الحقوق المقيدة على العقار ، حتى ولو نشأ بعد هذه الحقوق . وكذلك الحال بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . وامتياز المصروفات القضائية . أى أن الدائن المزود بأحد هذه الامتيازات يفضل على الدائن المرتهن رهناً رسمياً أيا كان تاريخ قيده ، ولمزيد من التفصيل نحيل إلى الباب الخاص بحقوق الامتياز فى هذه الدراسة (١) .

رابعًا : إذا قام التزاحم بين الدائن المرتهن والدائنين أصحاب تأمينات

---

(١) أنظر ما يلى ص ٤٩١ .

عينية أخرى خاضعة للشهر ، كدائن مرتهن رهنًا حيازيًا ، أو دائن صاحب امتياز عقارى خاص ، أو صاحب حق اختصاص ، فإن المفاضلة بينهم تكون للدائن الأسبق فى القيد .

ولكن هذه القاعدة ترد عليها عدة استثناءات :

١- إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونًا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن ، حتى يحتفظ الرهن بمرتبته ، باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين (١) .

فمؤدى ذلك الاستثناء أن الرهن الصادر من جميع الشركاء يتقدم عل الرهن الصادر من الشريك ولو كان لاحقاً له فى القيد ، ويتقدم امتياز المتقاسم على هذا الرهن واو كان قيده سابقاً على قيد الامتياز .

٢- يمتد الرهن إلى ملحقات الشئ المرهون مما يعتبر عقاراً ، كالتحسينات والانشاءات ، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين (٢) . أى أن هؤلاء يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن ولو كان حقه مقيداً قبل قيد امتيازهما الواقع على هذه الملحقات .

٣- لا يكفى لنفاذ الرهن الحيازى فى حق الغير أن يجرى قيده ، بل يجب أن يقترن القيد بانتقال حيازة العقار المرهون إلى المرتهن أو إلى عدل ، ويترتب على ذلك أنه إذا قام تزاحم بين الدائن المرتهن رهنًا رسميًا والدائن المرتهن لنفس العقار رهنًا حيازيًا ، فإن مرتبة هذا الأخير لا تحسب إلا من يوم

---

(١) م ١٠٣٩ مدنى . أنظر ما سبق ص ٢٥٧ .

(٢) م ١١٤٨ ، ١٠٣٦ مدنى أنظر ما سبق ص ٢٣٢.

انتقال الحيازة إلى جانب القيد (١) . فإذا قيد الرهن الرسمى بعد قيد الرهن الحيازى ولكن قبل انتقال الحيازة تقدم الرهن الرسمى .

إذا قام التزاحم بين دائن مرتهن وصاحب حق اختصاص ، فإن المفاضلة بينهما تتقرر وفقاً لأسبقية القيد . ولكن هذه القاعدة يرد عليها تحفظ مؤداه وجوب كون الدائن صاحب حق الاختصاص حسن النية أى لا يعلم عند طلب الاختصاص على العقار أن المدين قد رهن هذا العقار لدائن آخر حتى ولو لم يكن هذا الرهن قد تم شهره بعد . ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن يتقدم على صاحب حق الاختصاص الذى كان على علم بسبق تقرير الرهن على العقار ، حتى ولو كان الاختصاص مقيداً فى تاريخ سابق على قيد الرهن.

خامساً : تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً (٢) . وقد سبق أن تعرضنا لكيفية مباشرة حق التقدم إذا اتخذت اجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل أن يتحقق الدين المضمون إذا كان محتملاً ، أو يتحدد إذا كان مستقبلاً (٣) .

الفرع الثانى
نزول الدائن عن مرتبته

(أ) المقصود بنزول الدائن عن مرتبته :

يقصد بنزول الدائن عن مرتبته ، تنازله عن مرتبة رهنه التى تحددت بتاريخ اجراء قيده ، إلى دائن صاحب رهن متأخر عنه في المرتبة ، فيصبح هذا الأخير صاحب المرتبة التى كان يحتلها الأول ، ويحل الأول محله فى مرتبته المتأخرة، ويراعى ذلك عند استيفاء الدائنين لحقوقهم ، أى أن حق

---

(١) م ١١١٤ مدنى أنظر ما يلى ص ٤٥٦.

(٢) م ١٠٥٧ مدنى .

(٣) أنظر ما سبق ص ٢٢٤ .

المتنازل يظل مضموناً بالرهن لأن النزول يقتصر على مرتبة الرهن فقط .

والنزول عن مرتبة الرهن عمل قانوني يمكن أن يتم بمقابل يتقاضاه المتنازل من الراهن أو من الدائن الذى تم التنازل لمصلحته ، وقد يتم على سبيل التبرع لاعتماد المتنازل على وجود تأمين آخر يضمن له استيفاء حقه ، أو لوثوقه من كفاية العقار المرهون لسداد دينه إلى جانب دين المتنازل له .

والنزول عن مرتبة الرهن يختلف عن النزول عن الرهن ذاته ، فالنزول عن الرهن هو سبب من أسباب انقضائه (١) ، أما النزول عن المرتبة فلا ينقضى به الرهن بل يظل قائماً لضمان نفس الدين ، ولكن يصبح فى مرتبة متأخرة .

ويختلف النزول عن مرتبة الرهن عن الحالات التى ينتقل فيها الرهن نتيجة لتغير شخص الدائن ، ويقع ذلك عند حوالة الحق المضمون بالرهن ، أو الوفاء مع الحلول . فيترتب على حوالة الحق انتقال الرهن الذى يضمنه بمرتبته إلى المحال له . ويحل الموفى ، فى الوفاء مع الحلول ، محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً فيما له من رهن بنفس المرتبة. ولكن انتقال الرهن ، فى الحالتين، لا يسرى فى حق الغير إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى (٢) .

(ب) شروط النزول عن مرتبة الرهن :

يشترط للنزول عن مرتبة الرهن عدة شروط يعبر عنها المشرع بقوله « للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة » (٣) .

---

(١) أنظر ما يلى ص ٣٨٢ .

(٢) م ٣٠٧ ، ١٠٥٣ مدنى .

(٣) م ١٠٥٩ مدنى .

١- يجب أن يكون النزول لصالح دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ، فالنزول يفترض وجود عدة دائنين مرتهنين على نفس العقار ، فيتنازل أحدهم للآخر عن مرتبته . فلا يجوز النزول عن المرتبة لدائن عادى أو لدائن مرتهن لعقار آخر للمدين ، أو لدائن لم يقيد حقه لأن المرتبة تفترض وجود حق نافذ فى مواجهة الغير .

وبالرغم من أن عبارة النص تفيد أن النزول يكون لمصلحة « دائن مرتهن» إلا أن الشراح يذهبون بحق إلى جواز النزول لكل دائن له حق عينى تبعى مقيد على العقار المرهون ، سواء أكان صاحب رهن حيازى أو حق اختصاص أو امتياز خاص . كما يجوز النزول من هؤلاء لغيرهم وذلك لتوافر الحكمة واتحاد العلة .

٢- يجب أن يكون النزول فى حدود قيمة الدين المضمون بالرهن المتنازل عن مرتبته ، فالدائن الذى يحل فى المرتبة لا يحل فى حق أكبر من الحق الذى كانت له هذه المرتبة . أى أن النزول عن المرتبة يتقيد بالقدر الذى كان للدائن المتنازل ، وذلك حتى لا يضار الدائنون الآخرون الذين يكونون فى مرتبة وسطى بين رهن المتنازل ورهن المتنازل له .

فإذا كان دين المتنازل ألف جنيه ودين المتنازل له ألفان ، فإن الحلول فى المرتبة يقتصر على ألف فقط ، وتظل الألف الأخرى فى المرتبة القديمة المتأخرة .

٣- يجب أن يحصل التأشير بالنزول عن المرتبة فى هامش قيد الرهن ، حتى يكون هذا النزول نافذاً فى حق الغير (١) .

٤- يجوز التمسك قبل المتنازل له بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل المتنازل ، أى أن كل دفع يصلح ضد المتنازل يصلح ضد المتنازل له، كالدفع ببطلان دين المتنازل ، أو ببطلان الرهن الضامن لهذا الدين، أو ببطلان قيد الرهن أو عدم تجديده .

---

(١) م ١٠٥٣ مدنى .

ويجوز التمسك ضد المتنازل له بانقضاء دين المتنازل بشرط أن يكون سبب الانقضاء قائمًا عند التنازل . وعلى ذلك إذا استوفى الدائن حقه ثم تنازل عن مرتبة رهنه لدائن متأخر ، كان للدائن الوسط أن يتمسك ببطلان التنازل بسبب انقضاء الرهن بالتبعية لانقضاء الدين بالوفاء .

أما إذا كان سبب انقضاء دين المتنازل لاحقًا على التنازل ، فإنه لا يجوز التمسك بذلك ضد المتنازل له الذى يكون قد اكتسب حقًا فى المرتبة لا يتأثر بانقضاء دين غيره . وعلى ذلك فإن وفاء المدين بدين المتنازل بعد النزول لا يؤثر على حق المتنازل إليه .

الفرع الثالث
محل أو وعاء التقدم

يشمل الرهن العقار وملحقاته وأهمها العقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، وثمار العقار التى تلحق به بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (1) .

(أ) الثمن وملحقاته :

يتمثل وعاء التقدم بصفة أساسية فى ثمن العقار المرهون وملحقاته ، أى أن الدائن المرتهن يباشر حقه فى الأفضلية على هذا الثمن ليستوفى دينه . وتتم اجراءات التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد العلنى ليتحول إلى مبلغ من النقود يستوفى منه الدائن حقه . ويستوى أن يكون البيع قضائيًا أو وديًا ، وسواء تم البيع بناء على طلب الدائن المرتهن نفسه أو بناء على طلب دائن آخر ، وسواء تم التنفيذ على العقار فى مواجهة الراهن أو الحائز أو الحارس فى حالة تخلية العقار المرهون .

وقد يتمثل وعاء التقدم فى المال الذى حل محل هذا العقار. فمن

---

(1) أنظر ما سبق ص ٢٣٢ .

المقرر أنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة[1] .

(ب) مبالغ التعويض :

ويقصد به المبلغ الذى يدفعه الغير المسؤول عن هلاك العقار المرهون أو تلفه ، حيث ينتقل الرهن إلى هذا المبلغ ويقوم الدائن المرتهن باستيفاء حقه منه بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة .

ويجب على الدائن المرتهن ، حفاظًا على حقه ، أن يخطر المسؤول بتعلق حقه بالتعويض حتى يمتنع عليه أداءه للراهن ، ويمكنه كذلك أن يبادر إلى حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المسؤول حتى لا يقوم بالوفاء به للراهن . فإذا لم يقم الدائن بشئ من ذلك ، وأوفى المسؤول بالتعويض للراهن كان وفاؤه صحيحًا مبرئًا لذمته .

(ب) ثمن الانقاص :

إذا رهن مالك المبانى القائمة على أرض الغير هذه المبانى ، كان للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى طبقًا لأحكام الالتصاق [2] .

(جـ) عوض التأمين :

فإذا كان العقار المرهون مؤمنًا عليه ضد خطر معين كالحريق مثلاً ، ووقع الخطر ، وقامت شركة التأمين بدفع العوض ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يستوفى حقه من هذا العوض بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة .

---

(١) م ١٠٥٦، ١٠٤٩ مدنى . أنظر ما سبق ص ٢٨٢ .

(٢) م ١٠٣٨ مدنى . أنظر ما سبق ص ٢٥٣ .

وقد أورد المشرع تطبيقاً لذلك بنصه على ما يلى :

« ١- إذا كان الشئ المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازى أو برهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين .

٢- فإذا شهرت هذه الحقوق أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه، فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين .

٣- فإذا حجز على الشئ المؤمن عليه أو وضع هذا الشئ تحت الحراسة ، فلا يجوز للمؤمن إذا أعلن بذلك على الوجه المبين فى الفقرة السابقة أن يدفع للمؤمن له شيئاً مما فى ذمته » (١) .

وبالرغم من أن هذا النص قد ورد فى الفصل الخاص بالتأمين من الحريق، إلا أننا نرى مع البعض مد حكمه إلى سائر صور التأمين على الشئ لأنه يتضمن أحكاماً عامة يمكن القياس عليها لاتحاد العلة .

(د) مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة :

يؤدى نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة إلى تطهيره من الرهن . ويعد ذلك من قبيل الهلاك القانونى للعقار وحلول أجل الدين . ويستطيع الدائن المرتهن اقتضاء حقه من التعويض المستحق فى مقابل نزع الملكية .

وقد حرص المشرع على حماية أصحاب التأمينات العينية ، حيث نظم الاجراءات التى تكفل اعلامهم بنزع الملكية ، وأوجب على الجهات المسؤولة عن دفع التعويض بعدم الوفاء به للمالك متى تقدم إليها صاحب التأمين العينى (٢) .

---

(١) م ٧٧٠ مدنى .

(٢) القانون ١٩٥٤/٥٧٧ ومن بعده القانون ١٩٩٠/١٠ الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة.

الفرع الرابع
موضوع التقدم

الحقوق التى يستوفيها الدائن بالتقدم على غيره :

يتمثل موضوع التقدم فى الحق المضمون بالرهن بشرط ألا يزيد عن المبلغ المذكور فى القيد، ويشمل هذا الحق أصل الدين وملحقاته وفوائده .

ويدخل فى ذلك مصروفات العقد والقيد وتجديده ولو لم تذكر فى العقد، والفوائد التى تكون مضمونة بالقيد ، كما عرضنا من قبل (١) .

المطلب الثالث
الحق فى التتبع

« ١- يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه .

٢- ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأى سبب من الأسباب ، ملكية هذا العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » (٢) .

يتضح من النص أن الدائن المرتهن يباشر حقه فى تتبع العقار المرهون ضد حائزه ، لذا ينبغى علينا لدراسة هذا الحق ، التعرض فى البداية لمضمونه ثم لمركز الحائز من خلال بيان حقوقه والخيارات المطروحة أمامه .

---

(١) أنظر ما سبق ص ٢٢٣ .

(٢) م ١٠٦٠ مدنى .

الفرع الأول
مضمون حق التتبع

نعرض فى هذا الصدد للنقاط التالية : المقصود بالتتبع ، صاحب الحق فى التتبع ، الحائز االذى يباشر ضده حق التتبع ، اجراءات التتبع .

الغصن الأول
المقصود بالتتبع

الأصل أن العقار المرهون يبقى في ملكية الراهن ، ويستطيع الدائن التنفيذ عليه في مواجهة المالك ، إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالسداد ، إلا أنه يحدث أحياناً قيام الراهن بالتصرف فى العقار المرهون ، فينقل ملكيته إلى شخص آخر أو يرتب عليه للغير حقًا قابلاً للرهن . ذلك أن تقرير حق رهن على عقار لا ينتقص من ملكية الراهن، ولا يؤثر على حقه فى التصرف فيه ، ولا يؤثر هذا التصرف فى حق الدائن المرتهن ، الذى يحق له تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمنه ، فى أى يد يكون (١).

فالتتبع مكنة يخولها حق الرهن للدائن المرتهن يكون له بمقتضاها سلطة التنفيذ على العقار المرهون فى يد الغير . ولا يحتاج المرتهن إلى هذه المكنة إلا إذا انتقلت ملكية العقار ، عند التنفيذ عليه ، إلى شخص آخر . ولا يعرض استعمال ميزة التتبع إذا ظل العقار المرهون فى ملكية الراهن ، حيث يكون للدائن المرتهن التنفيذ عليه فى مواجهته .

إن مكنة التتبع من أهم آثار الحقوق العينية التبعية ، وبصفة خاصة بالنسبة للرهن الرسمى ، فجوهر الرهن هو الحق فى الأفضلية والتقدم ، أى حق الدائن المرتهن فى أن يستوفى حقه من ثمن العقار المرهون متقدمًا فى

---

(١) الدائن المرتهن له حق عينى على العقار المرهون ونزع ملكيته عند حلول أجل الدين فى يد الحائز له . نقض ١٩٨٦/٢/٢٨ طعن ١١٤٩ س ٤٩ق .

ذلك على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة . وغالباً ما يباشر الدائن هذا الحق فى مواجهة الراهن دون حاجة إلى تتبع العقار المرهون على الاطلاق . ولكن الحق فى الأفضلية يظل مهدداً وتنعدم قيمته إذا لم يساانده الحق فى التتبع ، فإذا تصرف الراهن فى العقار المرهون ، ولم يكن بوسع الدائن التنفيذ على هذا العقار بين يدى المتصرف إليه ، فإن الرهن يفقد قيمته وتصبح الأفضلية ، جوهر هذا الرهن ، مجرد مكنة نظرية لا أثر لها ، لهذا كان التتبع حقًا احتياطيًا يلجأ إليه الدائن فى حالة تصرف الراهن فى العقار المرهون ، فالحق فى التتبع يساعد ويقوى الحق فى الأفضلية .

الغصن الثانى

صاحب الحق فى التتبع

صاحب الحق فى التتبع هو الدائن المرتهن . ولكن يشترط لمباشرة هذا الحق توافر عدة شروط :

١- يجب أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإذا لم يكن أجل الدين قد حل ، فلا يجوز مطالبة المدين ، ولا مباشرة التنفيذ فى مواجهة الراهن ولا فى مواجهة الحائز الذى انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

وبمجرد حلول أجل الدين دون الوفاء به ، يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون فى أى يد يكون . والأصل أن الدين يحل بحلول أجله ، إلا أنه يمكن أن يحل لأسباب أخرى كافلاس المدين أو اعساره ، أو اضعاف التأمينات لدرجة كبيرة أو عدم تقديم ما وعد بتقدمه من تأمينات [١]. ولا يعتبر الدين مستحق الأداء إذا تم منح المدين أجلاً من قبل الدائن أو بحكم قضائى .

٢- يجب أن يكون الرهن مقيداً قبل اكتساب الحائز حقه على العقار المرهون ، فالرهن لا يسرى فى مواجهة الغير إلا من تاريخ شهره ، وعلى ذلك لا يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار المرهون فى مواجهة الحائز إلا إذا كان

---

(١) م ٢٧٣ مدنى .

رهنه مقيداً قبل تسجيل هذا الحائز سند ملكيته للعقار أو الحق العينى عليه.

والعبرة بالأسبقية فى الشهر بغض النظر عن تاريخ السند المنشئ للحق ، فإذا تم قيد الرهن بعد تسجيل التصرف الناقل لملكية العقار المرهون ، فإن هذا الرهن لا ينفذ فى مواجهة المتصرف إليه ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يده ، ولو كان عقد الرهن قد أبرم على هذا العقار قبل التصرف فيه.

بل أن التصرف فى العقار المرهون وتسجيل هذا التصرف يشكل عقبة قانونية أمام الدائن المرتهن فى قيد رهنه رغم نشوء هذا الرهن قبل ابرام التصرف . فلا يجوز لهذا الدائن أن يتقدم بطلب شهر رهنه بعد انتقال ملكية العقار المرهون إلى الغير ، لأن هذا الغير تلقى الملكية خالية من الرهن ، ومن ثم لا يحتج به عليه (١).

لذا فمن الواجب دائماً على المرتهن أن يسارع بقيد رهنه ، وكل تأخير فى ذلك من شأنه أن يعرضه للكثير من المخاطر ، حيث يمكن أن تتأخر مرتبة الرهن إذا سبقه فى اجراء القيد دائن آخر ، ويمكن أن يفقد الرهن كل أثر له إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر ، حيث لا يجوز قيد هذا الرهن بعد ذلك ، ولا يحتج به فى مواجهة المتصرف إليه ولا فى مواجهة الدائنين العاديين ، ويصبح الدائن مثلهم تماماً ، فلا يجوز له أن يدعى حقاً فى الأفضلية على أى مال آخر فى ذمة المدين الراهن .

٣- يجب لامكان ممارسة الدائن لحق التتبع فى مواجهة الحائز ، ألا يكون قد ترتب على التصرف الذى نقل العقار المرهون إلى ذمة الحائز تطهير العقار من الرهن . فهناك بعض التصرفات التى تنقل ملكية العقار المرهون إلى الحائز ، ويترتب عليها تطهير العقار حكماً من الرهون التى تثقله ، وتجعله، من ثم ، بمنأى عن تتبع الدائن المرتهن . وأهم هذه الحالات هى نزع الملكية للمنفعة العامة ، وبيع العقار بالمزاد العلنى ، حيث تنتقل ملكية العقار إلى السلطة العامة ، أو إلى الراسى عليه المزاد ، خالية من الرهن ، وينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو إلى الثمن .

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٣١٢.

إذا توافرت الشروط السابقة ، كان من حق الدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه ضد حائز العقار المرهون ، ويثبت هذا الحق للدائن أيا كانت مرتبة رهنه ، حتى ولو كان متأخراً فى المرتبة ومن المتصور أن لا يتحصل هذا الدائن على شئ من ثمن العقار المرهون بسبب استغراق الديون المتقدمة له .

الغصن الثالث

الحائز الذى يباشر ضده حق التتبع

يباشر الدائن المرتهن حقه فى تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه فى مواجهة حائزه . ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

يتضح من هذا التعريف أن إصطلاح الحائز هنا يقصد به معنى مختلف عن المعنى المتعارف عليه . ويجب لقيام وصف الحائز توافر شروط معينة هى :

١- أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ، أو جزء منه ، أو أن يكسب على هذا العقار حقًا عينيًا أصليًا آخر قابل للرهن ، أى يقبل البيع بالمزاد العلنى بصفة مستقلة عن العقار المقرر عليه ، كحق الانتفاع ، وحق الرقبة . وعلى ذلك يعتبر حائزاً من تنتقل إليه ملكية العقار ، أو ملكية الرقبة فيه ، أو حق انتفاع عليه .

ولا يعتبر حائزاً مستأجر العقار والمستعير وواضع اليد عليه ما دام لم يكتسب بعد ملكيته بالتقادم .

ولا يعتبر حائزاً من كسب على العقار حقًا عينيًا غير قابل للبيع بالمزاد العلنى ، سواء أكان من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق ، أو كان من الحقوق العينية التبعية كرهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز (١).

---

(١) محمد كامل مرسى ، ص ١٥٣ .

ففى هذه الحالات التى لا يعتبر الشخص فيها حائزاً ، يقوم الدائن بمباشرة اجراءات التنفيذ على العقار فى مواجهة الراهن نفسه ، سواء كان العقار موجوداً تحت يده أو تحت يد شخص آخر له عليه حق شخصى أو حق عينى غير قابل للبيع بالمزاد العلنى .

فللدائن المرتهن أن ينفذ على العقار متجاهلاً هذه الحقوق العينية التى تقررت على العقار ، ما دام أنها قد ترتبت على العقار بعد قيد الرهن ، وهو يستوفى حقه متقدماً على أصحاب هذه الحقوق .

ويعتبر الشخص حائزاً إذا اكتسب ملكية العقار المرهون أو حقًا عينيًا أصليًا عليه قابلاً للبيع بالمزاد العلنى ، أيًا كان السبب الذى بمقتضاه تلقى هذا الحق ، سواء أكان تصرفًا قانونيًا كبيع أو هبة أو وصية ، أو واقعة قانونية كالتقادم المكسب . ويستوى أن يكتسب الحق بمقابل أو على سبيل التبرع .

٢- يجب أن يكون سند الحائز مسجلاً إذا كان هذا السند عملاً قانونياً. فإذا كان الحائز قد تلقى ملكية العقار المرهون أو الحق العينى عليه بتصرف قانونى ، وجب أن يكون هذا التصرف مسجلاً حتى يتحقق الكسب بالفعل ، لأن الحقوق العينية الأصلية لا تنشأ ولا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإذا لم يقم الحائز بشهر حقه ، فلا يكتسب حقاً عينياً على العقار المرهون ولا يعتبر حائزاً، وذلك كالمشترى بعقد غير مسجل . وعلى ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الشخص بعقد بيع ، وجب أن يكون هذا العقد مسجلاً ، حتى يمكن اعتباره حائزاً ، وتتم اجراءات التنفيذ فى مواجهته.

أما إذا كانت ملكية العقار المرهون قد انتقلت إلى الحائز بسبب قانونى غير قابل للتسجيل ، كالتقادم المكسب ، فإنه لا يتصور التسجيل فى هذه الحالة ، إلا أنه ينبغى أن يكون التقادم قد اكتمل بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، حتى يمكن اعتباره حائزاً وتباشر الاجراءات بين يديه .

٣- يجب لاعتبار الشخص حائزاً أن يكون قد كسب حقه بعد قيد الرهن، بمعنى أن يسجل الحائز سنده ، إذا كان تصرفًا قانونيًا ، بعد ذلك القيد. وإذا كان سند الحائز هو التقادم المكسب ، فإنه يجب أن يكون قد اكتمل بعد قيد الرهن .

أما إذا كان الشخص قد تلقى حقه على العقار المرهون وقام بشهره قبل

قيد الرهن ، فإنه لا يحتج بالرهن فى مواجهته ولا يمكن تتبع العقار تحت يده لأنه يعتبر من الغير بالنسبة للرهن ، ولا يسرى فى حقه ، حيث يكون قد تلقى ملكية العقار المرهون خالية من الرهن .

٤- يجب لاعتبار الغير حائزاً أن يكون قد كسب حقه قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون ، ذلك أنه يترتب على تسجيل التنبيه ، عدم نفاذ أى تصرف يجريه الراهن فى العقار المرهون ، فى مواجهة الدائن المرتهن الذى قيد حقه قبل هذا التسجيل (١) .

وبناء على ذلك إذا اكتسب الشخص حقاً على العقار المرهون بعد أن بدأ الدائن المرتهن فى التنفيذ على هذا العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يعتبر حائزاً ، ويكون للمرتهن أن يتجاهل هذا الحق لأنه لا يسرى فى مواجهته، ويباشر اجراءات التنفيذ على العقار فى مواجهة مباشرة .

٥- يشترط أخيراً لاعتبار الشخص حائزاً ألا يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية . فالحائز لا يكون ملتزم شخصياً بالدين تجاه الدائن المرتهن ، بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن ينفذ على أمواله بمقتضى الضمان العام .

أما إذا توافرت فى الشخص صفة المديونية تجاه المرتهن أى شغل الدين ذمته ، فإنه لا يعتبر حائزاً بل مديناً ، ويكون للدائن أن ينفذ فى مواجهته مباشرة باعتباره المسؤول ، دون حاجة إلى اتباع اجراءات التتبع .

وبناء على ذلك لا يعتبر حائزاً شريك الراهن فى الدين المضمون سوء أكان شريكاً متضامناً أم غير متضامن ، ولا الكفيل الشخصى . فإذا اشترى العقار المرهون هذا الشريك أو الكفيل ، فإن أى منهما لا يعتبر حائزاً لأنه يعتبر مسؤولاً عن هذا الدين مسؤولية شخصية .

ولا يعتبر حائزاً كذلك الكفيل العينى لأنه مسؤول مسؤولية شخصية فى مواجهة الدائن ، وإن كانت هذه المسؤولية محددة بالعقار المرهون . وإذا انتقلت ملكية العقار المرهون من هذا الكفيل إلى المدين الأصلى بالدين المضمون بالرهن ، فإن هذا المدين لا يعتبر حائزاً لأنه مسؤول شخصياً عن الدين.

---

(١) م ٤٠٥ مرافعات .

وأخيراً فإن وارث الراهن لا يعتبر حائزاً [(١)] ، فهو وإن لم يكن مسؤولاً شخصياً عن دين المورث ، إلا أن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن ، فلا محل اذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون . وإذا صفيت التركة وفقاً للاجراءات القانونية ، ووقع فى نصيب الوارث العقار المحمل بالرهن ، وتحمل ما عليه من دين ، فإنه يكون فى هذه الحالة مسؤول شخصياً عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون .

الغصن الرابع

اجراءات التتبع

« إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » [(٢)] .

يتضح من ذلك النص أن حائز العقار المرهون يستطيع أن يتوقى قيام الدائن المرتهن باتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهته ، إذا اختار أحد الخيارات

---

(١) ولذلك قضى بأن الحائز فى التنفيذ العقارى الذى أوجبت المادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق انذاره بدفع الدين أو تخليه العقار هو - كما عرفته المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدنى - كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ، مما مؤداه - وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن الوارث لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن . (طعن رقم ٣٧١ للسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ س٢٥ ص ١١٥٢).

(٢) م ١٠٧٢ مدنى .

الثلاثة التى ستعرض لها فيما بعد وهى : قضاء الدين أو تطهير العقار أو تخليته.

أما إذا لم يقم الحائز بشئ من ذلك ، فإن المرتهن يمكنه أن يباشر ضده حق التتبع ، واستعمال هذا الحق يكون عن طريق اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار المقررة فى قانون المرافعات فى مواجهة الحائز .

وهذه الاجراءات عبارة عن التنبيه على المدين ، وانذار الحائز ، وتسجيل التنبيه والانذار (١) ، ونعرض لها فيما يلى :

---

(١) للدائن المرتهن عند حلول ميعاد استحقاق الدين دون سداد وبعد التنبيه على المدين بذلك أن يتقدم لقاضى الأمور المستعجلة بطلب الاذن بأن يباع بالمزاد العلنى مقومات المحل التجارى .
لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى تحديد الاختصاص أنه من المسائل التى ينظمها قانون المرافعات فإنه يتعين الرجوع إلى أحكامه لبيان الجهة المختصة ، وذلك فيما عدا الحالات التى وردت بشأنها نصوص فى قوانين أخرى رأى المشرع أن يخص بها دعاوى معينة خروجاً على القواعد العامة التى نظمها قانون المرافعات ، فيجب للرجوع إلى تلك القوانين طالما بقيت سارية ولم تلغ بمقتضى نص خاص مثلها أو بنص صريح فى القانون العام ، لما كان ذلك وكان النص فى المادة ١٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحل التجارى على أنه (عند عدم الوفاء بباقى الثمن أو بالدين فى تاريخ استحقاقه ولو كان بعقد عرفى يجوز للبائع المرتهن بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على مدينه والحائز للمحل التجارى بالوفاء تنبيهاً رسمياً أن يقدم عريضة لقاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة التى يوجد بدائرتها المحل بطلب الاذن بأن يباع بالمزاد العلنى مقومات المحل التجارى كلها أو بعضها التى يتناولها امتياز البائع أو الرهن ...) يدل على أن المشرع أجاز للدائن المرتهن عند حلول ميعاد استحقاق الدين دون سداد وبعد التنبيه على المدين بذلك أن يتقدم بعد ثمانية أيام من اتخاذ هذا الاجراء بطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة الواقع بدائرتها المحل المرهون للحصول على اذن ببيع بيع مقومات المحل التجارى المرهون، لما كان ذلك وكان قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٦٨ والقوانين الصادرة المعدلة لبعض نصوصه لم يرد بها ما يتضمن الغاء المادة سالفة الذكر، كما أن القانون التجارى قد صدر سنة ١٨٨٣ أى قبل صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ومن فلا محل لاعمال أحكامه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى على أنه باعمال حكم المادة ٧٨ من القانون التجارى يختص قاضى الأمور الوقتية باصدار الاذن ببيع المحل التجارى =

١- التنبيه على المدين :

يجب على الدائن المرتهن ، قبل أن يبدأ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون فى مواجهة الحائز ، التنبيه على المدين بالوفاء ، لأنه هو المسؤول الأصلى عن الدين ، وقد يقوم بالوفاء ، فتقف الاجراءات عند هذا الحد ، وقد يكون لديه دفوع يود ابداؤها . فإذا لم يقم بشئ من ذلك ، فإنه يكون قد وضع موضع التقصير وتتحقق مسؤوليته عن عدم الوفاء ، ذلك أن الحائز سوف يرجع عليه إذا قام بسداد الدين أو تم نزع العقار من يده .

والتنبيه ورقة من أوراق المرافعات تتضمن ، بالاضافة إلى البيانات العامة فى أوراق المحضرين ، بيانات معينة حددها قانون المرافعات ، ويعلن هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو لموطنه (١) .

٢- انذار الحائز بالدفع أو التخلية :

يوجه الدائن للحائز انذاراً يطلب فيه إما دفع الدين أو رفع يده عن العقار أى تخليته ، وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته . وللحائز ، بالاضافة إلى دفع الدين أو تخلية العقار ، أن يختار تطهير العقار . فالمقصود بالانذار هو أن يحدد موقفه من تلك الخيارات .

والانذار يمكن أن يتم بعد التنبيه أو معه ، حيث يمكن القيام بهما فى نفس الوقت ، أما إذا حدث الانذار قبل التنبيه وقع باطلاً . ويشترط فى الانذار أن يكون مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان باطلاً (٢) .

= المرهون فإنه يكون يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن . (نقض مدنى - طعن رقم ٧٤٤٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٧/٨) .

(١) م ٤٠١ مرافعات . وقضى بأن وجوب بيان العقار ومساحته فى التنبيه والقائمة والاعلان عن البيع وان إغفال هذا البيان أو الخطأ فيه لا يرتب أى بطلان إذا كانت البيانات الأخرى المتعلقة بالعقار الواردة فى هذه الأوراق تكشف عن حقيقته وينتفى بها التشكيك فيه . نقض ١٩٧٠/٣/٩ س ٢٢ ص ٢٥٤ .

(٢) م ٤١١ مرافعات . انذار الحائز يكون واجبًا فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود =

وإذا انتقل العقار المرهون من حائز إلى آخر ، فإنه يكفى التنبيه على المدين وانذار الحائز الأخير دون الحائزين السابقين .

ولا يغنى عن الانذار أى اجراء آخر [1] . فإذا لم يتم أو وقع باطلاً ، فإن اجراءات التنفيذ بما فيها حكم ايقاع البيع تقع باطلة ، ولا يجوز الاحتجاج بها على الحائز ، وله أن يتجاهلها ، ويرفض تسليم العقار إلى من حكم بايقاع البيع عليه ، وله أن يتمسك ببطلان اجراءات التنفيذ بدعوى أصلية ، والبطلان مقرر لصالح الحائز وحده ، ولا يجوز لغيره التمسك به .

٣- تسجيل التنبيه والانذار :

يجب على الحائز أن يسجل كلاً من التنبيه والانذار ، وأن يؤشر على هامش تسجيل التنبيه بتسجيل الانذار ، ويتم التسجيل فى مكتب الشهر الذى يقع العقار المرهون بدائرته .

ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً ، وعدم نفاذ التصرفات التى تصدر عليه بعد هذا التسجيل .

والحكمة من تطلب التسجيل هى حماية الغير من التعامل على العقار المحجوز ، حيث يمكن العلم بالحجز على العقار من خلال الكشف عنه فى مكتب الشهر تحت اسم المدين الراهن أو اسم الحائز .

ويجب أن يتم تسجيل الانذار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه ، واعتبر الحجز كأن لم يكن ، ويسقط تسجيل الانذار بالتبعية لذلك [2] .

= فى ذلك الظرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية . نقض ١٩٣٥/١٢/١٩ مجموعة عمر ١ ص ٩٨٨ .

(١) الدائن المرتهن . حقه فى تتبع العقار المرهون رسمياً فى أى يد يكون . وجود العقار فى يد حائز . لا يكفى لسريان الاجراءات فى مواجهته التنبيه على المدين الراهن بنزع الملكية ، وجوب انذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار . تخلف ذلك . أثره . بطلان اجراءات نزع الملكية فى مواجهته بما فيها حكم مرسى المزاد ولا يحاج بها . (نقض ١٩٩٢/٥/٣١ طعن ١٤٩٦ س ٥٧ ق) .

(٢) م ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤١٢ ، ٤١٣ مرافعات .

الفرع الثانى
حقوق الحائز وخياراته

إن المركز القانونى للحائز يتحدد من خلال بيان سلطاته على العقار المرهون ، والدفوع الذى يستطيع التمسك بها لوقف اجراءات التنفيذ ، والخيارات التى خولها له المشرع لتفادى اتخاذ تلك الاجراءات فى مواجهته .

الغصن الأول
سلطات الحائز على العقار المرهون

إن القواعد التى تحدد سلطات الراهن على العقار المرهون هى نفسها التى تتحدد وفقًا لها سلطات الحائز على ذات العقار ، حيث يتمتع الحائز ، قبل مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع ، بالسلطات التى يخوله اياها حق الملكية ، أى الاستعمال والاستغلال والتصرف .

ولكن تلك السلطات تتقيد بالرهن الذى يثقل العقار ، حيث يلزم الحائز بعدم الاضرار بالعقار على نحو ينقص من قيمته ويشكل مساسًا بحق الدائن المرتهن . ويحق لهذا الدائن ، حتى ولو يحل أجل دينه ، أن يتخذ ضد الحائز نفس الدعاوى التى يحق له مباشرتها ضد الراهن ، لمنع تنفيذ الأعمال التى من شأنها انقاص قيمة العقار المرهون . ويسأل الحائز فى مواجهة المرتهن عن كل ما يحدث بالعقار سواء كان بفعله أو باهماله . ويعبر المشرع عن ذلك المعنى بقوله : « الحائز مسؤول شخصيًا قِبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه » (١) .

(أ) وفيما يتعلق بالحق فى استغلال العقار المرهون وقبض ثماره ، فقد رأينا (٢) أن الراهن يستطيع استغلال العقار وقبض ثماره والتصرف فيها فى الفترة ما قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وتتقيد سلطة الراهن ابتداء من

---

(١) م ١٠٨١ مدنى .

(٢) أنظر ما سبق ص ٢٩١ .

هذا التسجيل حيث يترتب عليه الحاق الثمار بالعقار ، فتأخذ حكمه ويتعلق بها حق الدائن المرتهن .

أما بالنسبة للحائز فإن تلك الآثار تترتب بمجرد اعلان الحائز بالانذار وقبل تسجيله ، وعلى ذلك فإن الثمار تلحق بالعقار ويتقيد حق الحائز فى الاستغلال بمجرد انذاره [١] ، حيث يجب على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية . فإذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا ترد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه انذار جديد [٢] .

وكذلك الحال فيما يتعلق بسلطة الحائز فى تأجير العقار وقبض الأجرة مقدماً وحوالتها ، فالعبرة بتاريخ الانذار وليس بتسجيله خلاف الحال بالنسبة للراهن كما عرضنا من قبل [٣] .

(ب) أما فيما يتعلق بسلطة التصرف ، فقد سوى المشرع بين الحائز والراهن فى الحكم تماماً .

فيستطيع الحائز - كالراهن - أن ينقل ملكية العقار المرهون إلى الغير ، ولكن هذه الملكية تنتقل محملة بالرهن . وله أن يرتب على العقار حق انتفاع أو ارتفاق ، إلا أن الدائن يستطيع التنفيذ على العقار باعتباره خالياً من هذه الحقوق لأنها لا تسرى فى مواجهته . وإذا رتب الحائز رهناً على العقار ، فإنه يأتى فى المرتبة التالية للرهن الأول .

وتتقرر سلطة الحائز فى التصرف ، مثل الراهن ، ابتداء من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وليس من تاريخ انذاره بالدفع أو بالتخلية أو تسجيل هذا الانذار . وعلى ذلك فإن أى تصرف يصدر من الحائز على العقار المرهون بعد تسجيل التنبيه لا تنفذ فى مواجهة المرتهن . فإذا باع العقار ، فإن هذا البيع لا يحتج به ضد الدائن ، ولا يعتبر المشترى حائزاً ، ويستطيع الدائن أن ينفذ على العقار المرهون فى مواجهة البائع (الحائز) .

---

(١) م ٤١١ مرافعات .

(٢) م ١٠٧٩ مدنى .

(٣) نفس الموضع السابق ص ٢٩١ .

وبنص المشرع على ذلك صراحة : « لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، (ولا فى حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه) ، ولا فى حق من حكم بايقاع البيع عليه ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » (١) .

وتعلل المذكرة التفسيرية ذلك الحكم بقولها : إن التصرفات التى لا تنفذ بسبب تأخير تسجيلها (أو قيدها) عن تسجيل التنبيه ليست هى تصرفات المدين فقط بل تصرفات حائز العقار أيضاً . وليس فى هذا عنت بمن يتعامل مع الحائز ، فلا تدله دفاتر التسجيل على حصول أى تسجيل على اسم الحائز، لأن هذا الذى يتعامل مع الحائز يقضى عليه الحذر بأن يكشف فى دفاتر التسجيل عن تصرفات من سبق له التصرف إلى الحائز ومن سبق له التصرف إلى المتصرف ... وهكذا إلى أن يجد قيد الرهن وتسجيل التنبيه على اسم المدين ، والحق أنه لا يقبل ممن تصرف إليه الحائز احتجاجه بجهل تسجيل التنبيه على اسم المدين أكثر مما يقبل منه احتجاجه بجهل قيد الرهن على اسم مالك سابق . ولقد قصد (المشرع) أن يجعل تسجيل التنبيه هو الفاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين والتصرفات التى لا تنفذ فى حقهم سواء كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مديناً أو حائزاً .

الغصن الثانى

دفوع الحائز لوقف اجراءات التتبع

إذا قام الدائن المرتهن بانذار الحائز بالدفع أو التخلية ، كان له أن يتمسك فى مواجهته بكل الأوجه والدفوع التى من شأنها انكار حق التتبع ومنع التنفيذ على العقار .

فللحائز أن يتمسك بجميع الدفوع التى للمدين الراهن أن يتمسك بها

---

(١) م ٤٠٥ مرافعات .

قبل الدائن المرتهن ، ولو لم يتمسك المدين بها ، سواء تعلقت تلك الدفوع بالرهن فى ذاته أو بالدين المضمون به . وللحائز كذلك أن يتمسك بالدفوع الخاصة به والتى تتعلق بعدم نفاذ الرهن فى مواجهته .

ويتمسك الحائز بهذه الدفوع إما عن طريق المعارضة فى الانذار الذى يوجهه إليه الدائن ، وإما بدعوى مبتدأة ، وذلك فى أى وقت أثناء اجراءات نزع الملكية إلى أن يصدر الحكم بنزع الملكية وتنقضى مواعيد الطعن فيه .

(أ) بالنسبة للدفوع الخاصة بالحائز ، فهى تتعلق بنفاذ الرهن فى مواجهته، فله أن يتمسك بعدم قيد الرهن أو ببطلان القيد أو بعد تجديده أو بشطبه أو بأن القيد قد تم فى تاريخ لاحق لتسجيل سنده ، ففى كل هذه الحالات لا ينفذ الرهن فى مواجهته ، ولا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار بين يديه.

(ب) أما عن الدفوع المتعلقة بالراهن ، فهى قد تتعلق بالرهن أو بالدين :

١- فللحائز أن يتمسك بكل الأوجه التى قد تتضمن الطعن فى صحة الرهن ،وله أن يتمسك ببطلانه لأى سبب من الأسباب الموضوعية أو الشكلية.

٢- وللحائز أن يتمسك أيضًا بالدفوع المتعلقة بوجود الحق المضمون بالرهن . فإذا كان هذا الحق ثابتًا فى سند رسمى أو ذكر وتحدد فى عقد الرهن، فلا يجوز شك فى حق الحائز فى التمسك بجميع الدفوع التى للمدين أن يتمسك بها وتؤدى إلى بطلان هذا الدين أو انقضائه .

أما إذا كان الدين المضمون بالرهن ثابتًا فى حكم ، فقد أورد المشرع له نصًا خاصًا ، مؤداه أنه « يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفًا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها إذا كان الحكم بالدين لاحقًا لتسجيل سند الحائز . ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها » (١) .

---

(١) م ١٠٧٣ مدنى .

يتضح من النص أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان الحكم بالدين قد صدر قبل تسجيل سند الحائز أم صدر بعد ذلك .

أولاً : قد يصدر الحكم بالدين قبل أن يسجل الحائز سند ملكيته ، أى أن الحائز يكتسب ملكية العقار بعد صدور الحكم على المدين بالدين . فى هذه الحالة لا يكون للحائز سوى التمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم حق التمسك بها ، كانقضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو المقاصة أو الابراء ، فهذه الدفوع تستند إلى أسباب حدثت بعد الحكم ، ولا تتعارض مع حجية الحكم .

ويمتنع على الحائز أن يتمسك بأى دفع لا يحق للمدين التمسك به بعد صدور الحكم ، ذلك أن الحكم يكون قد حاز حجية الأمر المقضي به بالنسبة للمدين وبالنسبة للحائز بوصفه خلفًا خاصًا له ، ولا يجوز لأى منهما التمسك بدفع يستند إلى سبب سابق على صدور الحكم ، وإلا كان ذلك مساس بما له من حجية .

ثانيًا : وقد يصدر الحكم بالدين بعد أن يسجل الحائز سند ملكيته ، أى أن الحائز يكتسب ملكية العقار قبل صدور الحكم على المدين بالدين . فى هذه الحالة لا يكون الحكم حجة عليه – ولو أصبح حجة على المدين – طالما لم يكن طرفًا فى الدعوى ولم يتم اشتراكه فيها ، ويكون له أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع سواء تلك التى لا يزال للمدين حق التمسك بهاً أو تلك التى أصبح ممتنعاً على المدين أن يتمسك بها .

أما إذا تم اختصام الحائز في الدعوى أو تدخل هو فيها ، كان له أن يدفع بانقضاء الدين أو بطلانه أو بطلان السند المنشئ له ، ويكون الحكم الصادر حجة عليه ، شأنه فى ذلك شأن المدين تماماً .

الغصن الثالث

خيارات الحائز

إذا لم يكن لدى الحائز ما يدفع به حق الدائن فى تتبع العقار المرهون ، أو إذا أخفق فى ابداء أى دفع من الدفوع السابقة ، كان للدائن المرتهن أن يستمر فى اجراءات نزع ملكية العقار بين يديه .

ولكن المشرع أعطاه عدة خيارات فى هذا المجال ، له أن يختار منها ما يتفق ومصالحه ، فقد يرغب فى الاحتفاظ بالعقار ، هنا يكون أمامه إما قضاء الدين أو تطهير العقار ، وقد لا يرغب فى ذلك ويقوم بالتخلى عن العقار حتى لا يظهر اسمه فى اجراءات التنفيذ ، وأخيراً فقد لا يعنيه الأمر ويتحمل اجراءات نزع الملكية . ونعرض لتلك الخيارات على التوالى :

الورقة الأولى

قضاء الديون

« يجوز للحائز ، عن حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الاجراءات من وقت انذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد ، ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها متعلقًا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » (١) .

(أ) متى يكون للحائز مصلحة فى قضاء الدين :

يختار الحائز قضاء الدين إذا كان ذلك يحقق مصلحته ، ويبدو ذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا كانت قيمة الدين أقل من قيمة العقار ، كما إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً على مقدار الدين ، ويهم الحائز الاحتفاظ بالعقار . وفى هذه الحالة يقوم الحائز بقضاء الدين الذى يضمنه العقار ، خاصة إذا كان مطمئناً إلى أنه سيقوم باستيفاء ما يدفعه للدائن من المدين الراهن أو المالك السابق .

٢- إذا كان الحائز مشترياً للعقار ولم يدفع الثمن بعد ، وكان الدين أقل من الثمن المستحق فى ذمته ، فيقوم حينئذ بوفاء الدين من هذا الثمن ، ويترتب على هذا تطهير العقار من الرهن ، وبراءة ذمته فى مواجهة

---

(١) ١٠٦١ مدنى .

البائع [1] .

٣- إذا كان الحائز قد تلقى العقار المرهون بدون مقابل عن طريق الهبة أو الوصية ، وكانت قيمة العقار أكبر من مبلغ الدين المضمون ، فى هذه الحالة يقوم الحائز بقضاء الدين حتى يحتفظ بالعقار .

٤- قد يكون على العقار رهون متعددة ، وكانت قيمة الرهن الأول أو بعض الرهون الأولى تعدل قيمة العقار إذا بيع فى المزاد ، هنا يستطيع الحائز ، فى سبيل الاحتفاظ بالعقار ، أن يقوم بوفاء دين الدائن المرتهن المتقدم (أو الدائنين المتقدمين) ، وهو عندئذ يحل محله فى الرهن ، ويضمن بذلك عدم رجوع الدائنين المتأخرين فى المرتبة حيث لن يحصلون على شئ إذا بيع العقار بالمزاد .

وحتى ولو كان ثمن العقار أقل من الدين ، فإن الحائز قد يفضل ، رغبة منه فى الاحتفاظ بالعقار ، قضاء الدين ، ويستوفى ما دفعه زيادة على الثمن أو القيمة من المدين .

٥- وقد يكون للدائن المرتهن رهن على عقار آخر أو تأمينات أخرى يكون المدين قد قدمها ضماناً لنفس الدين ، فإذا وفى الحائز الدين للدائن ، فإنه يحل محله فى الرهن أو التأمينات ، وقد يكون فى ذلك ضمان كاف له لاستيفاء ما دفعه .

(ب) قضاء الديون جبراً (الوفاء الاجبارى) :

الأصل أن قيام الحائز بقضاء الديون أمر اختيارى له ، لا يجبر عليه ،

---

(١) وليس للمشترى الزام البائع أن يؤدى له الدين المضمون بالرهن لينيب عنه فى تسليمه للدائن المرتهن .

فقد قضت محكمة النقض بأن الضمان الناشئ لمصلحة مشترى العقار نتيجة قيام البائع بتحميل العقار المبيع برهن رسمى باعتباره تعرضاً مادياً منه لا يتيح للمشترى الذى لم يقم بقضاء الدين المضمون بالرهن وأراد استبقاء المبيع واختار التعويض العينى سوى مطالبة البائع ازالة التعرض أو التعويض بمقابل أن امتنع عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك. طلب المشترى الزام البائع أن يؤدى له الدين المضمون بالرهن لينيب عنه فى تسليمه للدائن المرتهن . غير مقبول . نقض ١٩٨٧/٤/٩ طعن ٤١١ س٥٣ق .

وهو يقرره فى الحالات السابقة التى يكون له مصلحة فيها ، حتى يحتفظ بالعقار ويمنع الدائن من نزع ملكيته .

ولكن المشرع فرض على الحائز القيام بقضاء الديون فى بعض الحالات هى :

١- إذا كان فى ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الأداء حالاً يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه ، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل (١) .

فى هذا الفرض يكون الحائز مديناً للراهن ، بموجب السبب الذى نقل ملكية العقار إليه ، بمبلغ مستحق الأداء حالاً ، ويكفى لوفاء جميع الديون المقيدة على العقار ، كما لو كان الحائز قد اشترى العقار المرهون من الراهن ولم يف بثمنه كله أو بعضه . ففى هذه الحالة لا تكون للحائز مصلحة فى أن يدفع المبلغ المستحق فى ذمته للراهن ، ويجوز للدائنين المرتهنين اجباره على الوفاء لهم ، ولا يكون له الحق فى تخلية العقار ، ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، حتى لا يستجد بعد الوفاء دائنون ينفذ حقهم قبله ، فيصبح ما فى ذمته غير كاف للوفاء بكامل حقوقهم .

ولا يشترط أن يتقدم جميع الدائنين المقيدة حقوقهم لاستيفاء حقوقهم من الحائز فى نفس الوقت ، بل يمكن أن يتقدم كل منهم على حدة ويستوفى دينه كاملاً ، بغض النظر عن مرتبة دينه ، أى سواء أكان متقدماً فى المرتبة أم لا ، طالما يوجد فى ذمة الحائز مبلغ يفى بكامل حقوق هؤلاء الدائنين .

٢- إذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالاً ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعًا أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الدفع طبقًا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه (٢) .

---

(١) م ١٠٦٣ / ١ مدنى .

(٢) م ١٠٦٣ /٢ مدنى .

فى هذا الفرض يكون فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار مبلغ معين ، ولكن هذا المبلغ ، بخلاف الفرض السابق ، غير مستحق الأداء حالاً ، أو أقل من الديون المستحقة للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، أو مغايراً لجنس هذه الديون .

هنا لابد من الاتفاق الجماعى بين الدائنين ، أى أن يتفقوا جميعاً على مطالبة الحائز بأن يدفع لهم ما فى ذمته من مبلغ للراهن وبقدر ما هو مستحق لهم ، وهم يقتسمون هذا المبلغ فيما بينهم بحسب ترتيب استحقاقهم على الوجه الذى يختارونه .

ولكن الحائز يدفع ما فى ذمته للدائنين بنفس الشروط التى التزم بها فى أصل تعهده مع الراهن ، أى بنفس الشروط التى كان سيوفى بها فى مواجهة دائنه ، وبوجه خاص فى الأجل المتفق على الدفع فيه . أى أنه لن يضار باجباره على الوفاء للدائنين .

وفى كلتا الحالتين يجبر الحائز على قضاء الديون بقدر ما هو مستحق فى ذمته ، ولا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالوفاء بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود [1] . أى أن وفاء الحائز يؤدى إلى تطهير العقار من الرهون ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة . ولا يكون للحائز الرجوع على أحد بما وفاه لأنه أدى ما هو مستحق فى ذمته بسبب تملكه للعقار المرهون ، ولم يفتقر شيئاً .

(جـ) وقت قضاء الديون :

يقوم الحائز بقضاء الديون ، فى أى وقت ، ابتداء من اللحظة التى تحل فيها آجال هذه الديون ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد [2] . ولا يستطيع الحائز أن يفى الدين قبل حلول أجله إذ لا يمكن اجبار الدائن على قبول وفاء مبتسر .

---

(١) م ٣/١٠٦٣ مدنى .

(٢) م ١٠٦١ مدنى .

ولكن من مصلحة الحائز المبادرة بمجرد انذاره ، لأنه كلما تأخر فى ذلك زادت الملحقات التى يلتزم بدفعها مع أصل الدين كالفوائد أو المصروفات التى ينفقها الدائنون فى الاجراءات من وقت انذاره . ويستطيع الحائز أن يقضى الديون دون أن ينتظر انذار الدائنين له بذلك .

(د) رجوع الحائز بما يوفيه من دين :

إذا كان قضاء الحائز للديون اجبارياً ، فإنه لا يدفع أكثر مما هو مستحق فى ذمته ، فهو مدين بدين الثمن ، ويقوم بوفائه للدائنين ، ومن ثم لا يكون له أن يرجع بشئ على أحد لأنه لم يفتقر ولا يوجد شئ يرجع به .

أما إذا قام الحائز بقضاء الديون اختياراً ، لأنه لم يكن فى ذمته مبالغ مستحقة للراهن ، سواء لأنه قام بدفع ثمن العقار المرهون أو لأن الديون التى وفاها للدائنين تزيد على دين الثمن ، فإنه يحق له الرجوع بما وفاه إما بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الضمان أو بدعوى الحلول .

أولاً : يستطيع الحائز الرجوع على المدين الراهن **بدعوى الاثراء بلا سبب** لأن الحائز يكون قد افتقر بمقدار ما أوفى من ماله من دين غير مستحق فى ذمته ، ويكون المدين قد أثرى بهذا القدر لأن دينه انقضى من غير ماله . ويرجع الحائز على المدين بأقل القيمتين : الاثراء أو الافتقار . فإذا كان فى ذمة الحائز جزء من الثمن أقل مما أوفى به للدائن ، فإنه يرجع على المدين بالفرق . وهو يعتبر فى هذا الرجوع دائناً عادياً يقوم بالتنفيذ على جميع أموال المدين بمقتضى ما له من حق الضمان العام .

ثانياً : ويمكن للحائز أن يرجع على المالك السابق **بدعوى الضمان** ، فالراهن الذى نقل ملكية العقار المرهون إلى الحائز يلتزم فى مواجهته بموجب التصرف الناقل للملكية ، بضمان عدم التعرض ، بشرط أن يكون هذا التصرف قد تم بمقابل ، كالبيع أو المقايضة . ولا شك أن قيام الدائنين بالتنفيذ على العقار يعد تعرضاً قانونياً للحائز ، ويمكنه الرجوع على البائع له بالضمان كاملاً وفقاً لأحكام ضمان البيع ، ولو كان المشترى (الحائز) عالماً بالرهن . وإذا قام الحائز بقضاء الدين ، فإن ذلك يعد من قبيل الاستحقاق الكلى أو الجزئى للعقار بحسب ما إذا كان فى ذمته شئ من الثمن أو لم

يكن . ويمكن للراهن (البائع) التخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات(١).

أما إذا كان الحائز قد تلقى العقار المرهون تبرعاً من الراهن بهبة أو وصية، فلا يمكنه الرجوع فى هذه الحالة ، حيث لا يوجد ضمان فى التبرعات كقاعدة عامة ، ومن ثم لا يستطيع الحائز أن يرجع على الواهب بشئ .

ثالثاً : للحائز أن يرجع كذلك بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفى لهم بالدين ، حيث يمكن أن يحل الحائز محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين (٢) .

إن حلول الحائز محل الدائن الذى استوفى الدين يخضع للقواعد العامة فى الحلول ، إلا أنه يخرج عليها فى بعض الحالات ، ويتضح ذلك مما يلى :

١- تقضى القواعد العامة بأن الموفى يحل محل الدائن الذى أوفاه فى حقوقه قبل المدين وفى كل ما يكفل هذه الحقوق من تأمينات سواء كانت مقدمة من المدين أو من غيره (٣) . ولكن المشرع خرج على هذا الحكم مقرراً أن الحائز إذا وفى بالدين للدائن المرتهن ، فإنه يحل محل هذا الدائن فيما له من حقوق قبل المدين ، ويحل محله فى التأمينات المقدمة من هذا المدين فقط، كالرهنَ الذى قرره المدين على عقاره . أما التأمينات المقدمة من الغير ، فإن الحائز لا يستفيد منها ، وهى الكفالة الشخصية والكفالة العينية .

---

(١) م ٤٤٢ : ٤٤٥ مدنى .

(٢) م ١٠٦١ مدنى .

وتواجه المادة ٣٢٦ هذه الصورة من صور الحلول بنصها على أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (جـ) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » .

وتبين المادة ٣٢٩ أثر الحلول بقولها « من حل قانوناً واتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن .

(٣) م ٣٢٩ مدنى .

ويترتب على ذلك أن الحائز لا يجوز له أن يحل محل الدائن فى الرجوع على الكفيل الشخصى للمدين ، ولا على الكفيل العينى الذى قدم عقاره لضمان الدين . والحكمة من ذلك هى رغبة المشرع فى ألا يسوئ مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف فى العقار للحائز ، فلو كان الراهن قد احتفظ بملكية العقار المرهون ، وقام هو بوفاء الدين للدائن المرتهن ، وحل محله فيه ، فإنه يستفيد من الرهن الضامن له ويستطيع التنفيذ على العقار بين يدى الحائز له .

٢- يمكن أن يوجد أكثر من حائز للعقار المرهون ، ويتحقق ذلك فى حالة ما إذا بيع جزء من العقار المرهون إلى شخص ، والجزء الباقى إلى شخص آخر. وكذلك الحال إذا كانت هناك عقارات متعددة مرهونة لضمان نفس الدين، وبياع كل عقار منها إلى حائز ، فتكون هنا بصدد تعدد حائزين لعقار أو لعقارات ضامنة لنفس الدين .

فإذا وفى أحد الحائزين كل الدين ، فإنه يحل محل الدائن فى الرجوع على الحائزين الآخرين الذين انتقلت إليهم ملكية العقارات الأخرى ، ولكن هذا الرجوع لا يكون بكل الدين ، بل يكون بنسبة قيمة عقاره إلى قيم العقارات الأخرى ، أى أن الدين يوزع على الحائزين بنسبة قيمة كل عقار إلى مقدار الدين .

ويعبر المشرع عن ذلك بقوله : « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار مرهون فى ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار[1] .

وعلى ذلك يكون للحائز الموفى أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد ، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له . أى أنه إذا كانت قيمة ما آل إلى أحد الحائزين هى ربع قيمة العقار أو العقارات المرهونة ، فإن

---

(١) م ٣٣١ مدنى .

الحائز الذى وفى كل الدين لا يستطيع الرجوع على هذا الحائز إلا بربع قيمة الدين فقط .

٣- يجوز للحائز ، بعد الوفاء بالدين للدائن المرتهن ، أن يحل محل هذا الدائن فى ذات الرهن المقرر على العقار الذى آلت ملكيته إلى الحائز ، فيكون لهذا الحائز رهن على العقار الذى أصبح مالكاً له (١) . وتبدو أهمية هذا الرهن فى حالة وجود رهون أخرى تالية له فى المرتبة ، « وصورة ذلك أن تكون قيمة العقار المرهون مثلاً مائة ألف جنيه ، ويترتب عليه رهنان ، الأول بمائة ألف والثانى بثمانين ألف ، ثم تنتقل ملكية العقار إلى حائز . فخير لهذا الحائز أن يؤدى الدين المضمون بالرهن الأول ليحل محل الدائن المرتهن الأول، فلا تصبح للدائن المرتهن الثانى فائدة فى نزع ملكية العقار المرهون ، لأن قيمة هذا العقار مائة ألف ، يأخذها الحائز كلها باعتباره قد حل محل الدائن المرتهن الأول ، ولا يبقى للدائن المرتهن الثانى شئ » .

على أنه لكى يحتفظ الحائز بهذا الحق ، فإنه يجب عليه الاحتفاظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز(٢) .

الورقة الثانية

تطهير العقار المرهون

(أ) ماهية التطهير:

يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند .

---

(١) حائز العقار - المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠ ، ٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى ملزم بالدين عن المدين ، وينبنى على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته، ويترتب على الحلول ، انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه . نقض ١٩٧١/٣/٢٥ س ٢٢ ص٣٨٤ .

(٢) م ١٠٦٢ مدنى .

٢- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى الحائز . ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع » (١) .

التطهير رخصة يخولها المشرع لحائز العقار المرهون ، يستطيع بمقتضاها وقف التتبع من قبل الدائن المرتهن ، أى تحاشى اجراءات التنفيذ التى يقوم بها المرتهن على هذا العقار . ويتم ذلك عن طريق عرض الحائز ، وفقًا لاجراءات معينة ، على الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، قبل تسجيل سند ملكيته ، مبلغاً مساوياً للقيمة الحقيقية للعقار المرهون .

ويجب على الدائنين إما قبول العرض أو طلب بيع العقار بالمزاد ، ويقبل الدائنون ، فى الغالب ، عرض الحائز ، لأن من شأنه توفير الاجراءات والنفقات التى تترتب على بيع العقار بالمزاد العلنى ، طالما كان المبلغ الذى يعرضه الحائز مساوياً لقيمة العقار الفعلية ولو لم يكن كافياً لوفاء جميع الديون.

ويترتب على قبول العرض تخليص العقار من كل الرهون المقيدة على العقار ، حتى تلك التى لم يصب أصحابها شئ من قيمة العقار ، أو لم يصيبوا سوى بعض حقوقهم . أما إذا رفض بعض الدائنين أو كلهم عرض الحائز ، وجب عليهم طلب بيع العقار حالاً ولو كانت ديونهم غير حالة ، ويؤدى ذلك ، فى الحالين ، إلى تطهير العقار من الرهون .

فالتطهير لا يؤدى بطريقة مباشرة إلى انقضاء الرهون المقيدة على العقار، «بل إلى تخليص الرهن من ميزة التتبع للعقار المرهون ، ليقع حق الدائن المرتهن على ثمنه ، ولا يمس ، بالتالى ، ميزة الأولوية التى يخولها لهذا الأخير » (٢).

(ب) تقدير نظام التطهير:

أولاً : ينطوى التطهير على عدة مزايا سواء بالنسبة للحائز ، أو الراهن ، أو الدائن المرتهن .

---

(١) م ١٠٦٤ مدنى .

(٢) محمد كامل مرسى ، ص ١٧٥.

١ - يحقق التطهير للحائز مزية تفادى التنفيذ على العقار المرهون والاحتفاظ بملكيته مقابل دفع قيمته الفعلية دون زيادة .

ويفضل الحائز طريق التطهير إذا كانت الديون المقيدة على العقار تتجاوز قيمته ، هذا فضلاً عن أن التطهير يسمح له بسرعة تحديد موقف العقار من خلال التخلص من الديون التى تثقله قبل حلول أجلها . ويفضل الحائز طريق قضاء الديون إذا كانت هذه الديون أقل من قيمته .

٢ - « ويؤدى نظام التطهير ، بالنسبة للراهن ، إلى التيسير عليه فى التصرف فى العقار المرهون ، حيث يجد مع وجوده ، اقبالاً على شراء هذا العقار ، بوجود الوسيلة لدى المشترى لتخليصه من الرهن الذى يثقله ، بل بدونه يتعذرعلى الراهن التصرف فى العقار المرهون ، حيث لا يقبل المتعاملون على شراء عقارات مرهونة ، ومن ثم ، مهددة بتتبع الدائن المرتهن والتنفيذ عليها فى مواجهة الحائز لها ، إلا بثمن بخس ، يقل كثيراً عن قيمتها الحقيقية . وفى ذلك تتمثل الفائدة الاقتصادية التى يوفرها التطهير للثروة العقارية ».

٣ - وبالنسبة للدائنين المرتهنين ، يمكنهم التطهير من الحصول على قيمة العقار المرهون دون حاجة إلى اتباع اجراءات التنفيذ على العقار بكل ما تنطوى عليه من تعقيد وما تتطلبه من نفقات .

ثانياً : إلا أنه من ناحية أخرى يعاب على التطهير بأنه :

١ - يؤدى إلى المساس بحقوق الدائن المرتهن ، حيث يجرده من حق الرهن دون أن يستوفى كامل حقه ، حيث قد يجد نفسه مضطراً إلى قبول وفاء جزئى لحقه ، قبل حلول أجله ذلك أن الحائز يمكنه مباشرة اجراءات التطهير دون انتظار آجال الديون .

٢ - يمكن أن يؤدى التطهير إلى الخروج على مبدأ عدم تجزئة الرهن ، حيث يجوز للحائز الذى اكتسب بعض العقار المرهون أن يطهر الجزء الذى اكتسبه .

٣- وقد يلجأ الحائز إلى بدء اجراءات التطهير فى توقيت وظروف معينة تنخفض فيها الأسعار بشكل مؤقت ، ويعرض على الدائنين قيمة معينة للعقار لا تكفى للوفاء بحقوقهم ، مما يضطرهم إلى طلب بيع العقار بالمزاد العلنى فى وقت غير مناسب بسبب انخفاض أسعار العقارات المماثلة .

(جـ) صاحب الحق فى التطهير:

« يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » (١) .

يتضح من النص أن الحائز وحده هو الذى يستطيع أن يطلب تطهير العقار المرهون . والحائز هو من يكتسب ملكية العقار المرهون أو حق انتفاع عليه ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

وعلى ذلك يجوز للحائز المالك أو صاحب حق الرقبة أو صاحب حق الانتفاع أن يطهر حقه من الرهن . ويستوى أن يكون الحائز قد تلقى حقه بمقابل بمقتضى بيع أو مقايضة أو حصة فى شركة ، أو بدون مقابل كهبة أو وصية .

ويجوز للحائز الذى انتقل إليه جزء من العقار المرهون أن يطهره ، ولو ترتب على ذلك الوفاء بجزء من الدين فقط ، لأن الحائز لا يلتزم إلا بعرض قيمة الجزء الذى انتقلت إليه ملكيته . ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الجزء مفرزاً أو حصة شائعة فى العقار المرهون .

ويجب أن يكون سند ملكية الحائز مسجلاً إذا كان قابلاً للتسجيل ، أى إذا كان هذا السند عملاً قانونياً كبيع أو مقايضة أو وصية ، ذلك أن الحائز لا يعتبر مالكاً للعقار المرهون إلا بتسجيله . والغرض من ذلك هو تحديد الرهون التى يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته لا يمكن بعد هذا التسجيل ، أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً فى حق الحائز .

أما إذا كان سند ملكية الحائز غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملاً مادياً،

---

(١) م ١٠٦٤ /١ مدنى .

فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة ، فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئًا لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل [1] .

وإذا كان التطهير حق للحائز على ذلك النحو ، فإن هذا الحق لا يمكن ممارسته من قبل كل من : الراهن نفسه أو المدين المتضامن أو الكفيل الشخصى إذا آلت إلى أيهما ملكية العقار المرهون لأن كل منهم مسؤول عن الوفاء بالدين مسؤولية شخصية . ويمتنع عليه التطهير . كذلك على الكفيل العينى لأنه مسؤول عن الدين وإن كانت مسؤولية محدودة بقيمة العقار المرهون .

ونفس الحكم بالنسبة لمشترى العقار الذى يتعهد شخصيًا بسداد حقوق الدائنين ، وكذلك الحال بالنسبة للحائز الذى يجبره القانون على قضاء دين الدائنين جبراً ، لأن كل منهما يعتبر ملتزمًا شخصيًا بالدين ، ولا يحق له بالتالى طلب التطهير .

ولا يستطيع الدائن المرتهن الزام الحائز باتباع اجراءات التطهير . «ويمتنع التطهير على الدائن المرتهن الذى يريد تحرير العقار من الرهون المتقدمة على رهنه حتى يمنع التنفيذ بمقتضاها ، أملاً منه فى أن ترتفع قيمة العقار فى المستقبل ، فتتاح له فرصة استيفاء دينه . وليس أمام مثل هذا الدائن إلا أن يوفى بدين الدائنين المتقدمين ويحل محلهم فى حقوقهم ، وهذه حالة من حالات الوفاء مع الحلول القانونى [2] . ولكن إذا اكتسب أحد الدائنين المرتهنين ملكية العقار المرهون فإنه يصبح حائزاً ويجوز له عندئذ أن يباشر تطهير العقار» .

وبالنسبة للشخص الذى يتلقى ملكية العقار المرهون تحت شرط واقف ، يعتبر غير مالك لأن الشرط لم يتحقق ، ومن ثم لا يعتبر حائزاً للعقار ولا يكون له حق التطهير .

---

(١) السنهورى ص ٥٤٣ .

(٢) م ٣٢٦ مدنى .

أما إذا كان الشخص مالكاً تحت شرط فاسخ ، فإنه يستطيع تطهير العقار قبل تخلف الشرط ، فهو يعتبر حائزاً ، لأنه يتملك فوراً ، وإن كانت ملكيته مهددة بالزوال ويكون أثر التطهير نهائياً ، وتظل آثاره باقية ولو زالت الملكية بعد انتهاء اجراءات التطهير ، بأثر رجعى نتيجة تحقق الشرط الفاسخ .

ويعبر المشرع عن ذلك صراحة بقوله : « إذا تمت اجراءات التطهير نقضى حق الرهن الرسمى نهائيًا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار » (١) .

(د) وقت التطهير :

للحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى الحائز ، ويبقى هذا الحق قائمًا إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع » (٢) .

يتضح من النص أنه يبدأ حق الحائز فى تطهير العقار المرهون بمجرد أن تتوافــر فيـه صفة الحائز ، أى بعد أن يسجل سند ملكيته إذا كان واجب التسجيل ، أو عقب اكتمال المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم . ويمكن للحائز أن يبدأ اجراءات التطهير ولو كان الدين المضمون بالرهن غير مستحق الأداء حالاً ، أى مضافًا إلى أجل لم يحل بعد ، وحتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى الحائز .

ويبقى حق الحائز فى التطهير قائمًا حتى يوم ايداع قائمة شروط البيع ، فمنذ ذلك الوقت يصبح العقار معدًا للبيع فى المزاد ، ويكون على الحائز ، إذا كان راغبًا فى الاحتفاظ بالعقار ، التقدم بعرضه فى المزاد ، دون حاجة إلى اتخاذ اجراءات التطهير .

(هـ) اجراءات التطهير :

تتم اجراءات التطهير على مرحلتين : يقدم الحائز عرضاً بقيمة العقار إلى

---

(١) م ١٠٨٣ مدنى .

(٢) م ٢/١٠٦٤ مدنى .

الدائنين المرتهنين ، وخيار يبديه الدائنون ازاء هذا العرض بالقبول أو الرفض .

أولاً : عرض التطهير : إذا أرد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد اعلانات تشتمل على البيانات الآتية :

١- خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بدقة . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن .

٢- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

٣- المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً . وغالباً ما يتمثل هذا المبلغ فى الثمن الذى اشترى به العقار ، إلا أنه لا يلتزم بذلك فيمكنه أن يعرض مبلغاً آخر ، خاصة إذا كان قد اكتسب العقار بسبب آخر غير الشراء كالمقايضة أو الهبة . وتقضى مصلحة الحائز أن يكون عرضه واقعياً ومعتدلاً ، حتى لا يقابل بالرفض من أحد الدائنين .

وحرية الحائز فى تقدير قيمة العقار التى يعرضها مقيدة بقيدين : الأول هو ألا يقل المبلغ الذى يعرضه عن الباقى فى ذمته من ثمن العقار . هذا إذا كان تلقى العقار بعقد بيع (١) . الثانى هو ألا يقل المبلغ المعروض عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية . وهذا الأساس – كما يبين من المذكرة الايضاحية – هو الضريبة التى تدفع عن العقار (٢) .

وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير كل جزء على حدة ، حتى يمكن تطهير كل جزء استقلالاً من خلال التعامل مع الدائن المرتهن لهذا الجزء .

٤- قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز

---

(١) م ١٠٦٥ مدنى .

(٢) وطبقاً للمادة ٣٧ مرافعات التى تضع قواعد تقدير قيمة الدعوى ، تقدر قيمة العقار بسبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه ، وبـ ١٨٠ مثلاً إذا كان من المبانى.

تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين . وذلك حتى يستطيع كل دائن معرفة الدائنين الآخرين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار والمتقدمين عليه في المرتبة ، ليحدد مدى فرصته في الاستفادة من عرض الحائز ، ويرى ما إذا كان من مصلحته قبول العرض أم رفضه .

يتضح من ذلك أن العرض يقترن باعلان يوجهه الحائز إلى الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، ويجب أن يتضمن الاعلان البيانات السابقة حتى يتبين كل دائن حالة العقار ويحدد موقفه من قبول العرض أو رفضه . ويوجه العرض في ذات الاعلان على يد محضر إلى كل دائن له حق مقيد على العقار قبل أن يكسب الحائز حقه عليه ، وهم الدائنون الذين لهم رهون رسمية أو حيازية ، أو حقوق اختصاص ، أو حقوق امتياز مقيدة على هذا العقار .

ويترتب على اغفال توجيه الاعلان إلى أحد الدائنين ، عدم نفاذ التطهير بالنسبة له ، ولا يرتب أى أثر في مواجهته ، ويجوز له التنفيذ على العقار لأنه يظل محتفظاً بميزة التتبع .

ولم يبين الشارع جزاء نقص أى من البيانات السابقة أو الخطأ فيها ، إلا أن الفقه يرى القياس على المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى التى تبين جزاء اغفال بيانات القيد أو الخطأ فيها ، ومن ثم يكون المعيار في هذا الصدد هو مدى جسامة الاغفال أو الخطأ على ضوء أهمية البيان وما إذا ذلك يفوت الغرض منه ويسبب ضرراً لأحد الدائنين ويقدر هذا الضرر ، ويترك الأمر لتقدير القاضى في كل حالة على حدة . وعلى ذلك لا تيرتب البطلان إلا إذا كان من شأن الخطأ أو النقص التأثير على خيار الدائن بين قبول العرض أو رفضه . مثال ذلك عدم ذكر ثمن العقار ، أو أحد الديون السابقة على دين الدائن في المرتبة .

ويترتب على اغفال البيان الجوهرى أو الخطأ فيه بطلان العرض واجراءات التطهير بالنسبة للدائن المضار فقط ، وهو صاحب الحق في التمسك بهذا البطلان أو التنازل عنه . ويمكن للحائز اعادة اعلان العرض بعد التصحيح إذا لم يكن ميعاد العرض قد انتهى ، أى حتى ايداع قائمة شروط البيع.

وينبغى الاشارة فى النهاية إلى أن العرض الذى يقوم به الحائز هو مجرد اعلان يظهر فيه استعداده للدفع ، ولا يلتزم بالدفع فعلاً أو عرض القيمة عرضًا حقيقيًا . حيث يجب على الحائز أن يذكر فى الاعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار ، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدًا ، بل ينحصر العرض فى اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيًا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة (١) . أى يجب عرض الوفاء فى الحال بالنسبة لكل الديون حتى بالنسبةلتلك المضافة إلى أجل.

ثانيًا : التزام الحائز بالبقاء على العرض : يترتب على اعلان العرض إلى الدائنين ، أن يصبح الحائز ملتزمًا بصفة شخصية قبلهم بما عرض ، أى بالوفاء بحقوقهم المقيدة على العقار ، فى حدود المبلغ الذى قدره قيمة لهذا العقار .

وهو يلتزم بالبقاء على هذا العرض طوال المدة التى حددها القانون ، وهى المهلة التى يحق فيها للدائنين قبول العرض أو رفضه . ومدتها ثلاثون يومًا من آخر اعلان رسمى ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد المسافة على ثلاثين يومًا أخرى (٢) .

ولا يستطيع الحائز أن يسحب عرضه ، قبل نهاية المهلة ، حتى قبل قبول الدائنين له ، ولا يمكنه أن يرجع فى هذا العرض بغير رضاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، حيث تولد لهم حق فى الخيار أساسه التزام الحائز بارادته المنفردة .

ثالثًا : قبول العرض : يقبل الدائنون العرض إذا رأوا فيه تحقيق مصالحهم، كما لو كان المبلغ الذى يعرضه الحائز عليها يكفى للوفاء بديونهم جميعًا ، أو كان المبلغ المعروض يعبر عن القيمة الفعلية للعقار . وقبول العرض قد يتم صراحة أو ضمنًا ، ويفسر سكوت الدائنين على أنه قبول ضمنى ، فإذا ترك ــ

---

(١) م ١٠٦٦ مدنى .

(٢) م ١٠٧٦ مدنى .

الدائنون الميعاد المحدد لهم ، دون أن يردوا على العرض الموجه من الحائز ، فإن ذلك يعتبر قبولاً ضمنياً لهذا العرض .

ويترتب على قبول العرض عدة نتائج هى :

١- تتحدد قيمة العقار المرهون بصفة نهائية بالمبلغ الذى عرضه الحائز وتم قبوله من الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على هذا العقار . وهذا التحديد يعتبر ملزماً للجانبين .

٢- يلتزم الحائز شخصياً بدفع المبلغ الذى عرضه على الدائنين ، ويصبح ملتزمًا فى مواجهتهم بصفة نهائية ، ويمكن تنفيذ هذا الالتزام فى جميع أمواله وليس فى العقار المرهون فقط .

ولا يمكن للحائز أن يعود فيتخلى عن العقار ، أو يطلب انقاص المبلغ بسبب الانخفاض الطارئ فى قيمة العقار لأن التزامه أصبح باتاً ، ولا يمكنه الرجوع فيه دون رضاء الدائنين .

٣- يظل الحائز محتفظًا بصفته كحائز للعقار المرهون ، ينفذ الرهن فى مواجهته ، ويجوز له بالتالى التمسك بالدفوع التى تتعلق بوجود الديون المقيدة وصحتها فى مواجهة الدائنين ، فيمكنه التمسك بانقضاء الدين بالتقادم أو بالوفاء الجزئى به أو بعدم نفاذه لسقوط القيد . فمن المتفق عليه أن الدائن لا يكون له من الحقوق أكثر من تلك التى تكون له فى حالة بقاء العقار فى يد الراهن .

ويترتب على ذلك أيضًا أن قبول العرض لا يؤثر فى حق الحائز فى أن يتمسك فى مواجهة الدائنين بالدفوع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة البائع (الراهن) ، فيجوز للحائز أن يدفع بزوال التزامه إذا فسخ العقد الذى تلقى بمقتضاه ملكية العقار المرهون ، ويجوز له انقاص الثمن الذى عرضه إذا استحق العقار فى يده بعد العرض استحقاقًا جزئيًا ، ويظل حق الحائز فى ابداء كافة الدفوع السابقة قائماً بعد اعلان العرض أو قبوله .

٤- يلتزم الحائز قبل الدائنين بفوائد المبلغ الذى عرضه عليهم ابتداء من وقت انذاره بالدفع أو التخلية ، أو من وقت العرض إذا قام به من تلقاء نفسه .

٥- تستقر ملكية العقار نهائيًا للحائز خالصة من كل حق مقيد ، أى أنه يتم تطهير العقار حيث يتحرر من كافة الحقوق المقيدة عليه ، إلا إن ذلك لا يتم إلا بعد دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة (١) .

فالمشرع يخول الحائز دفع المبلغ للدائنين أو ايداعه خزانة المحكمة ، ولعل الخيار الثانى هو الأفضل له حيث يقيه مخاطر الدفع لدائن أكثر ما يستحق أو لدائن لا تخوله مرتبته حق قبض دينه ، مما يضطره إلى اعادة الوفاء مرة أخرى للدائنين الذين يتبين بعد ذلك أحقيتهم فى القبض .

رابعًا : رفض العرض : يجوز لكل دائن له حق مقيد على العقار المرهون أن يرفض العرض الموجه من الحائز ، ولكن ذلك الرفض يجب أن يقترن بطلب بيع العقار بالمزاد العلنى . وحق رفض العرض مقرر كذلك للكفيل للحق المقيد (٢) ، إذ له مصلحة فى وفاء الدين من قيمة العقار المرهون حتى لا يرجع عليه بشىء .

ويكون الرفض باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، ويوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلاً خاصاً .

ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق من هذا المبلغ فى المصروفات إذا لم يرسى المزاد بثمن أعلى من الثمن الذى عرضه الحائز (٣) .

ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط ، كما لو تم اعلان الرفض بعد الميعاد ، أو لم يقترن بايداع المصروفات ، ويترتب عى ذلك اعتبار طلب البيع كأن لم يكن ، ويعتبر العرض المقدم من الحائز مقبولاً وتترتب عليه جميع النتائج القانونية .

ولا يستطيع الدائن المرتهن الكفيل الذى يطلب بيع العقار بالمزاد أن

---

(١) م ١٠٧٠ مدنى .
(٢) ١٠٦٧ مدنى .
(٣) م ١٠٦٨ مدنى .

يرجع فى طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء ، إذ قد يكون هؤلاء أو أحدهم راغبًا فى طلب البيع إلا أنه لم يتقدم اعتماداً على الطلب الذى تقدم به غيره .

خامسًا : بيع العقار بالمزاد : إذا طلب الدائن أو الكفيل بيع العقار المرهون، فإنه يتم طرحه فى المزاد وتتبع اجراءات البيع الجبرى التى رسمها قانون المرافعات .

ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل به ، «سواء كان الحائز أو طالب البيع نفسه ، ويجب على من يباشر الاجراء أن يذكر فى اعلانات البيع المبلغ الذى عرضه الحائز للقيمة الحقيقية للعقار (١) .

ويجوز لكل شخص ، عدا المدين والراهن إذا كان غير المدين ، والأشخاص الذين يمنعهم القانون (كالقضاة وأعوانهم) أن يتقدم للمزايدة ، وذلك كالدائنين المقيدين والعاديين وأى شخص من الغير ، وكذلك الحائز بشرط ألا يعرض فى العقار المبيع ثمنًا أقل من الباقى فى ذمته من ثمنه(١)، ولكنه يمكن أن يعرض مبلغًا أقل من ذلك الذى سبق أن عرضه على الدائنين بقصد تطهير العقار ، لذلك يمكن أن يقع البيع بثمن أقل من المبلغ الذى قوم به العقار من قبل .

ويذهب البعض إلى أنه إذا لم يتقدم شخص بثمن أكبر من المبلغ الذى عرضه الحائز ، فإن المزاد يرسو عليه . ويؤخذ على هذا الرأى أن العرض الذى تقدم به الحائز يسقط بمجرد رفضه ، ويتحرر من التزامه ، خاصة وإنه قد لا يدخل المزاد ولم يعد راغبًا فى العقار .

ويجوز للحائز ، فى أى قت حتى رسو المزاد ، بوصفه مالكًا للعقار المرهون ، وقف الاجراءات ومنع بيع العقار ، إذا قام بدفع ديون الدائنين المقيدة وملحقاتها وما صرف فى الاجراءات من وقت انذاره (٣) .

---

(١) ١٠٦٩ مدنى .

(٢) م ١٠٧٤ مدنى .

(٣) م ١٠٦١ مدنى .

وباستمرار الاجراءات يتم بيع العقار المرهون فى المزاد الذى قد يرسو على الحائز ، وقد يرسو على غير الحائز .

١- **رسو المزاد على الحائز** : إذا رسا المزاد على الحائز ، فإنه يلتزم بالثمن الذى رسا به المزاد ، هذا بالاضافة إلى مصروفات البيع ، حيث يتم رد هذه المصاريف إلى طالب البيع الذى يكون قد سبق وأودعها خزانة المحكمة لهذا الغرض .

ويظل الحائز مالكاً للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة (١). إلا أنه يجب التأشير بالحكم فى هامش تسجيل سند الحائز وفى هامش تسجيل انذاره (٢) .

٢- **رسو المزاد على غير الحائز** : إذا رسا المزاد على غير الحائز سواء كان أحد الدائنين أو شخصاً أجنبياً ، فإنه ، إلى جانب التزامه بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير ، يلتزم بأن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته، وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من الاعلانات (٣) . ويتم رد مصروفات البيع التى سبق أن أودعها طالب البيع خزانة المحكمة إليه ، إذا رسى المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز (٤) .

ويتلقى الراسى عليه المزاد حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد(٥)، لذا يجب تسجيل هذا الحكم حتى تنتقل إليه الملكية (٦) ، ويتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه بايداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى

---

(١) ١٠٧٥ مدنى .
(٢) م ٤٤٨ ، ٤٥٠ مرافعات .
(٣) م ١٠٦٩ مدنى .
(٤) م ١٠٦٨ مدنى .
(٥) م ١٠٧٦ مدنى .
(٦) م ٤٤٧ ، ٤٥٠ مرافعات .

الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن (1) .

ويترتب على حكم مرسى المزاد ، الآثار التى يرتبها القانون عند نزع ملكية العقار المرهون بناء على طلب الدائن ، والتى سنعرض لها فيما بعد (2) .

(و) أثر تطهير العقار:

متى رسا المزاد على الحائز أو غيره ، فإنه يتحرر من كافة الحقوق المقيدة عليه ، سواء أكانت رهون رسمية أو حيازية أو حقوق اختصاص أو حقوق امتياز خاصة ، وذلك دون اعتداد بوقت حلول آجال الديون المضمونة بهذا العقار . ويستوى أن يكون أصحاب هذه الحقوق قد استوفوها كاملة أم لا أو لم يستوفوا إلا بعضاً منها . ويحتفظ الدائنون الذين بقى لهم من ديونهم شيئاً بحقهم فى الرجوع بذلك على المدين بمقتضى الدعوى الشخصية . ولكن ينبغى ملاحظة أنه :

١- إذا رسا المزاد على الحائز فإن العقار يتحرر من الحقوق المقيدة عليه والتى سبق أن رتبها المالك السابق (الراهن) ، أما تلك التى رتبها الحائز باعتباره مالكاً فتظل نافذة فى مواجهته . ونفس الحكم فى حالة قبول عرض الحائز من الدائنين ، أى أن العقار يتطهر من الحقوق التى رتبها المالك السابق دون تلك التى رتبها الحائز .

٢- أما إذا رسا المزاد على شخص غير الحائز فإن الأثر المطلق للتطهير يتم اعماله بمعنى تحرير العقار من كافة الحقوق المقيدة سواء ما رتبه منها المالك السابق أو الحائز نفسه (3) .

٣- لا يتم التطهير إلا بعد دفع المبلغ الذى قوم به العقار والثمن الذى رسا به المزاد إلى الدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو

---

(1) م ١٠٨٤ مدنى .

(2) أنظر ما يلى ص ٣٧٤ .

(3) م ٤٥٠ مرافعات .

ايداعه خزانة المحكمة [1]. وبذلك يتم طلب محو القيود على العقار ليصبح خالياً من كل حق مقيد .

الورقة الثالثة
تخلية العقار المرهون

(أ) ماهية التخلية :

التخلية هى ترك الحيازة المادية للعقار المرهون ، أى أن الحائز يرفع يده عن العقار ويتخلى عنه لأمين أو حارس تعينه المحكمة ، وتباشر اجراءات نزع الملكية فى مواجهته . فالدائنون يقومون بالتنفيذ على العقار فى مواجهة الحارس بدلاً من التنفيذ عليه تحت يد الحائز .

والتخلية لا تعنى نزول الحائز عن ملكية العقار المرهون أو الحيازة القانونية لذلك العقار ، فهو يظل مالكاً للعقار وحائزاً قانونياً له ، فالتخلية لا تمنع التتبع ولا تعطله ، ولا يترتب عليها منع أو وقف اجراءات التنفيذ على العقار المرهون وفاء للدين المضمون بالرهن ، وكل ما فى الأمر أن الحائز يرفع يده عن العقار حتى لا تباشر الاجراءات فى مواجهته ، بل فى مواجهة الحارس .

والتخلية رخصة خولها المشرع للحائز يمكنه اللجوء إليها إذا لم ير فى قضاء الديون أو تطهير العقار ما يحقق نفعاً له ، ويصبح من الضرورى التنفيذ على العقار بنزع ملكيته ، فى هذه الحالة تحقق التخلية للحائز عدة فوائد [2].

١- يتفادى الحائز مباشرة الاجراءات فى مواجهته على نحو قد يسيء إلى سمعته المالية والائتمانية ومركزه الأدبى ، من خلال ظهور اسمه فى الاعلانات اعتباره شخص منزوعة ملكيته ، فى حين أنه ليس ملتزماً شخصياً بوفاء الدين المضمون بالرهن والذى يتم التنفيذ على العقار بمقتضاه .

٢- يتخلص الحائز من مسؤولية ادارة العقار ووقاية نفسه من كل تقصير

---

(١) م ١٠٧٠ ، ١٠٨٤ مدنى .

(٢) محمد كامل مرسى ، ص ٢٠٣ .

فى هذا الشأن ، خاصة وإن الثمار تلحق بالعقار من يوم انذاره .

٣- يوفر على نفسه الكثير من الوقت والمال والمشغولية بسبب متابعة اجراءات التنفيذ الطويلة والمعقدة ، خاصة وإنه لن يجنى شيئًا من وراء ذلك حيث غالبًا ما يكون العقار مستغرقًا بالديون فى هذه الحالة .

إلا أنه من ناحية أخرى يعاب على نظام التخلية أنه يعطل اجراءات التنفيذ حيث يتطلب الأمر تعيين حارس على العقار ، ويؤدى ذلك بالضرورة إلى زيادة النفقات .

(ب) صاحب الحق فى التخلية :

أولاً : القاعدة هى أن التخلية رخصة مقررة لحائز العقار المرهون لأنه فى الأصل غير مسؤول شخصيًا عن الدين . لذلك لا تقبل التخلية من المدين أو الكفيل الشخصى أو المدين المتضامن إذا اشترى أى منهما العقار المرهون ، لأنهم مسؤولون شخصيًا عن الدين ، وتكون جميع أموالهم ، بما فيها العقار المرهون ، ضامنة للوفاء به ، ومعرضة للتنفيذ عليها فى مواجهة أصحابها .

أما إذا كان الحائز مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية ، امتنع عليه الالتجاء إلى التخلية ، ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية :

١- إذا كان الحائز ملزمًا بنص القانون بقضاء الديون للدائنين ، فإنه لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالوفاء بتخليه عن العقار المرهون (١) .

٢- إذا عرض الحائز قيمة العقار على الدائنين المقيدة حقوقهم عليه، وذلك بقصد تطهيره ، وتم قبول العرض صراحة أو ضمنًا ، فإنه يصبح ملتزمًا شخصيًا بدفع هذا المبلغ ولا يجوز له أن يتخلص من التزامه بتخليه عن العقار (٢) .

٣- إذا تعهد الحائز للدائنين المقيدين على العقار بأن يدفع لهم الثمن

---

(١) ١٠٦٣ مدنى أنظر ما سبق ص ٣٥٠ .

(٢) أنظر ما سبق ص ٣٦١ .

الذى اشتراه به من الراهن ، فإنه يصبح ، بمقتضى هذا التعهد مسؤولاً شخصياً عن الدين ولا يجوز له التخلى عن العقار .

وكذلك الحال إذا تعهد الحائز للراهن (البائع له) بوفاء الثمن إلى الدائنين ، فإنه يصبح ملتزماً شخصياً بالدين ، ويجوز للدائنين مطالبته بالوفاء بالثمن لأن اتفاقه مع البائع قد انطوى على اشتراط لمصلحتهم ، ولا يجوز للحائز التخلص من الوفاء بالتزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار .

وبالنسبة **لأهلية الحائز** ، ذهب البعض إلى « وجوب توافر أهلية التصرف لأن فى التخلية معنى الاعتراف بحقوق الدائنين المرتهنين ، والتنازل عن كل دفع يستطيع أن يدفع به اجراءاتهم .

ولكن الرأى الراجح يرى أنه يكفى توافر أهلية الادارة لدى الحائز لأن التخلية عمل من أعمال الادارة ، فهى ليست سوى ترك الحيازة المادية للعقار المرهون ، ولا تعنى تنازله عن الملكية .

ثانيًا – ويجوز للكفيل العينى التخلى عن العقار المرهون لأن غير ملتزم شخصياً بوفاء الدين ، ومسؤليته عن الدين ذات طبيعة عينية أى تنحصر فى حدود العقار المرهون . ويعبر النص عن ذلك بقوله « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى اجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقًا للأوضاع وطبقًا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار » [1].

(جـ) وقت التخلية :

يمكن للحائز أن يتخلى عن العقار المرهون عند بدء اجراءات التنفيذ ، أى من يوم انذاره بدفع الدين أو تخلية العقار .

ويستمر حق الحائز فى التقرير بالتخلية طوال الوقت الذى تستمر فيه اجراءات نزع الملكية ، وذلك حتى رسو المزاد . وإن كان من الناحية العملية ،

---

(١) م ١٠٥١ مدنى .

إن الحائز يبادر إلى التقرير بالتخلية حتى لا يظهر اسمه فى الاجراءات .

ويجوز للحائز الذى تخلى عن العقار أن يعدل عن ذلك ويقوم بقضاء الديون ، فالحق فى قضاء الديون يظل قائمًا حتى يوم رسو المزاد ، وذلك بشرط قضاء جميع الديون وملحقاتها والمصروفات [1] .

(د) اجراءات التخلية :

تتمثل تلك الاجراءات فى خطوات ثلاثة : [2] .

١- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، وهى المحكمة الكائن بدائرتها العقار المرهون .

٢- يطلب الحائز التأشير بالتخلية على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك بالمكتب العقارى المختص .

٢- يطلب الحائز الدائن ، الذى يقوم باجراءات التنفيذ ، بالتخلية خلال خمسة أيام من تاريخ التقرير بها .

فإذا لم يتم اتخاذ هذه الخطوات بالترتب المذكور ، وقعت التخلية باطلة ، ويجوز للدائن تجاهلها والاستمرار فى اجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز . أما إذا وقعت التخلية صحيحة ، فإنه لا يمكن مباشرة تلك الاجراءات فى مواجهته. ويجوز لكل ذى مصلحة أن ينازع فى وقوع التخلية لعدم توافر شروطها وذلك عن طريق دعوى يطلب فيها عدم أحقية الحائز فى التخلية .

ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية. ويجب على القاضى تعيين الحائز حارسًا إذا طلب ذلك حتى يظل قائمًا على ادارة العقار بنفسه لأنه يبقى مالكًا له . وتتخذ اجراءات التنفيذ فى مواجهته لا بوصفه حائزًا بل باعتباره حارسًا ، فيتوقى بذلك المساس بسمعته المالية والائتمانية .

---

(١) م ١٠٦١ مدنى .

(٢) م ١٠٧١ مدنى .

(هـ) آثار التخلية :

يتخلى الحائز عن الحيازة العرضية فقط للعقار المرهون ، ويظل محتفظاً بملكيته وحيازته القانونية ، ويترتب على ذلك :

١- لا تعطل التخلية حق التتبع ، ويظل حق الدائن فى مباشرة اجراءات التنفيذ على العقار قائمًا ، إلا أن هذه الاجراءات يتم توجيهها إلى الحارس بدلاً من الحائز .

٢- يحتفظ الحائز بحقه كمالك فى التصرف فى العقار إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، هذا بالاضافة إلى أنه إذا بيع العقار بثمن أكبر من الديون المقيدة ، فإن الزيادة تكون للحائز (١).

٣- يجوز للحائز ، فى أى وقت إلى حين الحكم برسو المزاد ، أن يعدل عن التخلية ، ويوقف اجراءات التنفيذ ، ليسترد العقار المرهون ، وذلك بشرط الوفاء بالديون المقيدة والمصروفات التى أنفقت فى الاجراءات منذ انذاره .

٤- يتحمل الحائز تبعة هلاك العقار المرهون قبل الحكم برسو المزاد ، ويظل ملتزماً بدفع الثمن للبائع (الراهن) إذا لم يكن قد دفعه .

الورقة الرابعة

تحمل اجراءات نزع الملكية

إن اجراءات نزع الملكية هى الموقف الأخير الذى يتعرض له الحائز إذا لم يختر أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار . وفى هذه الحالة يمكن للدائن المرتهن ، بمقتضى حق التتبع ، أن يتخذ فى مواجهة الحائز اجراءات نزع الملكية ، المقررة فى قانون المرافعات، ليستوفى حقه من ثمن العقار المرهون .

والجدير بالذكر إن اجراءات البيوع الجبرية للعقارات المقررة فى قانون المرافعات هى التى تطبق على كل حالة تنزع فيها الملكية ، سواء تم ذلك

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٤٥٧ .

نتيجة قبول الحائز تحمل اجراءات نزع الملكية أو نتيجة للتخلى عن العقار المرهون ، أو بسبب رفض عرض التطهير .

وتقتصر دراستنا فى هذا المجال على الأحكام الموضوعية لنزع الملكية ، وذلك دون الدخول فى الاجراءات التى تجد مكانها فى كتب المرافعات .

وتنتهى اجراءات نزع الملكية بحكم مرسى المزاد على الحائز أو على غيره، ويترتب على ذلك وجود طائفة من العلاقات القانونية بين الحائز وغيره، ونعرض لتلك النقاط على التوالى :

(أ) رسو المزاد على الحائز:

يجوز للحائز أن يدخل فى المزاد بشرط ألا يعرض ثمناً أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار [1] . وإذا أرسا المزاد عليه ، ترتب على ذلك :

أولاً : يعتبر الحائز مالكاً للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، وليس بحكم مرسى المزاد ، لذا لا يكون تسجيل هذا الحكم واجباً ، ويكفى التأشير بهذا الحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك العقار بمقتضاه أصلاً وهامش تسجيل انذار الحائز [2] . ومؤدى ذلك أنه :

١ - إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد بعد سداد ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز بوصفه المالك للعقار .

أما إذا رسا المزاد بمبلغ أقل من المبلغ الذى اشترى به الحائز العقار ، فإن الحائز يظل ملتزمًا بثمن العقد ، أو بالفرق بين الثمنين إذا طبقت أحكام ضمان الاستحقاق .

٢- تظل قائمة وصحيحة الحقوق العينية التى قررها الحائز بعد تملكه العقار المرهون ، وذلك كحقوق الانتفاع أو الارتفاق ، أو الرهن ، ولكنها لا تسرى على الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل انشاء هذه الحقوق وتسجيل سند الحائز ، أى أن الحقوق المقيدة على العقار قبل نقل ملكيته للحائز تكون

---

(١) م ١٠٧٤ مدنى .

(٢) م ٤٤٨ مرافعات .

نافذة فى مواجهة أصحاب الحقوق التى رتبها الحائز ، وعلى ذلك فإن الدائن المرتهن من الحائز لا يستوفى دينه من ثمن العقار إلا بعد استيفاء الحقوق المقيدة قبل نقل ملكيته إلى الحائز (١) .

ثانياً : يتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه ، من قبل الملاك السابقين ، عند انتقال الملكية إليه ، وذلك إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة (٢) .

(ب) رسو المزاد على غير الحائز:

إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد (٣) . أى أن ملكية العقار تنتقل ، بموجب الحكم ، إلى الراسى عليه المزاد ، ولكن هذا الأثر لا يترتب إلا بعد تسجيل الحكم (٤) . ويترتب على ذلك :

أولاً : يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى (٥) .

الفرض هو أن المالك يقرر حقًا عينيًا على عقاره (ارتفاق أو انتفاع أو رهن ...) لمحمد ثم يقوم برهن العقار لخليل ، ثم يتبع ذلك ببيع هذا العقار لمحمد . يترتب على هذا البيع أن محمد يصبح حائزاً للعقار المرهون بالنسبة لخليل ، ومن ناحية أخرى ينقضى الحق الذى كان له على العقار قبل أن يدخل فى ملكيته باتحاد الذمة ،حيث تستغرق الملكية الحقوق العينية الأخرى.

---

(١) م ١٠٧٧ مدنى .

(٢) م ١٠٧٥ مدنى .تطهير العقار معلق على قيام الراسى عليه المزاد بأداء الثمن فى أجل استحقاقه . ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشترى المتخلف بعد رسو المزاد الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ، ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات إذ تجديدها خلال هذه الفترة غير لازم . نقض ١٩٥٣/١١/٥ س٥ ص ١٢٠ .

(٣) م ١٠٧٦ مدنى .

(٤) م ٤٤٧ مرافعات .

(٥) م ١٠٧٨ مدنى .

ولكن الرهن المقرر لخليل يظل نافذاً فى مواجهة محمد لأنه تقرر على العقار قبل أن يكتسب ملكيته ، ويستطيع خليل التنفيذ على العقار لاستيفاء حقه ، فإذا تم ذلك ورسا المزاد على أحمد ، فإن الحق العيني الذى كان مقرراً فى البداية لمحمد يعود مرة أخرى من وقت رسو المزاد ، لأن هذا الحق كان نافذاً فى مواجهة الدائن (خليل) ، ومن ثم فإن حكم مرسى المزاد ينقل ملكية العقار بحالته حين تقرير حق الدائن .

إلا أنه يجب ملاحظة :

١- إن الحقوق العينية التي تعود للحائز هى تلك التى ترتبت قبل تملكه للعقار وقبل قيد الرهن عليه ، أما إذا كانت تلك الحقوق قد تقررت بعد قيد الرهن ، فإنها لا تكون نافذة فى مواجهة الدائن ، وينتقل العقار إلى الراسى عليه المزاد خالياً منها ، ولا تعود هذه الحقوق مرة أخرى إلى الحائز .

٢- إذا تعلق الأمر بحق عينى تبعى كان للحائز على العقار قبل أن يكتسب ملكيته ، فإن هذا العقار لا ينتقل إلى الراسى عليه المزاد محملاً بهذا الحق لأن حكم مرسى المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية التبعية ، ومع ذلك يعود ذلك الحق إلى الحائز مرة أخرى ، ولكن تلك العودة تعنى أحقية الحائز فى أن يستوفى دينه المضمون بذلك الحق من ثمن العقار حسب مرتبته التى تقررت له بالقيد ، إذا كان قد تم تجديده فى الميعاد .

ثانياً : تنتقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد خالية من جميع الحقوق العينية التبعية المقررة على العقار (رهن رسمى أو حيازى ، امتياز ، اختصاص) ، أى أن حكم مرسى المزاد وتسجيله يطهر العقار من تلك الحقوق. ويستوى فى ذلك الحقوق التى رتبها المالك الأصلى أو تلك التى رتبها الحائز

ولا يكون أمام أصحاب هذه الحقوق سواء الأولوية فى استيفائها من ثمن العقار المبيع كل منهم بحسب مرتبته ، وإذا لم يتبق للبعض منهم شيئاً ، فإنه يرجع على المدين الأصلى بالدعوى الشخصية .

(جـ) علاقة الحائز بعد رسو المزاد مع غيره :

لقد سبق أن تعرضنا لتلك العلاقة فى أكثر من موضع لذا نكتفى بالتذكير بالخطوط العريضة لها :

أولاً : بالنسبة لعلاقة الحائز بالدائنين المرتهنين [1] .

١ - على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية. فإذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه انذار جديد [2] .

٢- الحائز مسؤول شخصياً قِبل الدائنين عما يصيب العقار عن تلف بخطئه [3] .

٣- يلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته ، وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك إلى جانب التزامه بدفع الثمن الذى رسا به المزاد والمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير [4] .

٤- على من رسا عليه المزاد أن يدفع أيضًا إلى الحائز مقدار ما صرفه على العقار المرهون من المصاريف الضرورية ومقدار المصاريف النافعة بقدر ما ترتب عليها من الزيادة فى قيمة العقار ، ويستنزل جميع ذلك من ثمنه ، أما المصروفات الكمالية ، فليس للحائز أن يستردها .

ثانياً : علاقة الحائز بالمالك السابق والمدين [5] .

١ - يرجع الحائز على المالك السابق فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعًا [6] . فالحائز يرجع بضمان الاستحقاق على المالك السابق الذى باع له العقار المرهون ، وذلك طبقًا للأحكام المقررة فى عقد البيع [7] .

---

(١) أنظر ما سبق ص ٣٤٨ .

(٢) م ١٠٧٩ مدنى .

(٣) م ١٠٨١ مدنى .

(٤) م ١٠٦٩ مدنى .

(٥) أنظر ما سبق ص ٣٥٣ .

(٦) م ١٠٨٠ مدنى .

(٧) م ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى .

أما إذا كان الحائز قد تلقى الملكية تبرعًا ، فلا يكون له الرجوع على المتبرع ما لم يتفق على غير ذلك ، أو كانت الهبة بعوض ، أو إذا تعمد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق (١) .

٢- يرجع الحائز بكل ما يوفيه على المدين ، وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين .

ويرجع الحائز أيضًا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أياً كان السبب فى دفع هذه الزيادة ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين (٢) .

يتضح من ذلك أن الحائز يمكنه الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب أو دعوى الحلول ، كما سبق وعرضنا من قبل (٣) .

---

(١) م ٤٩٤ مدنى .

(٢) م ١٠٨٠ /٢ مدنى .

(٣) ما سبق ص ٣٥٣ .

الفصل الثالث
انقضاء الرهن الرسمى

ينقضى الرهن ، شأنه فى ذلك شأن سائر التأمينات العينية والشخصية ، بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون به ، كما ينقضى بصفة أصلية واستقلالاً عن هذا الدين .

المبحث الأول
انقضاء الرهن الرسمى بصفة تبعية

إن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعًا له فى صحته وفى انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك (١) .

يقرر هذا النص مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون . ويؤكد المشرع ذلك المبدأ : ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته (٢) .

مؤدى ذلك أن الرهن ينقضى تبعًا لانقضاء الدين ، ولكن الرهن لا ينقضى إلا بانقضاء الدين المضمون كلية ، أما إذا انقضى جزء من هذا الدين، فإن الرهن يظل قائمًا تطبيقًا لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، إذ أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون

---

(١) م ١٠٤٢ مدنى .

(٢) مفاد نص المادة ١٠٨٢ مدنى أن الرهن الرسمى ينقضى بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون ، وإذ كان من حق المدين الراهن أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بانقضاء الرهن تبعًا للوفاء بالدين وبالتالى فإنه يكون لمشترى العقار المرهون المحال عليه بالدين أن يتمسك بهذا أيضًا قبل الدائن المرتهن اعمالاً للحق المخول له وفقًا للمادة ٣٢٠ مدنى ومن لم فإن دعواه بذلك تكون مقبولة . نقض ١٩٨٤/١٢/٢٥ طعن ٦١٥ س٤٩ ق .

بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك (١) .

وإذا زال السبب الذى أدى إلى انقضاء الدين ، فإن الدين يعود ويعود معه الرهن بالتبعية ، كما إذا انقضى الدين بالوفاء ثم قضى بابطال الوفاء لنقص الأهلية ، ففى هذه الحالة يعود الالتزام ويعود الرهن لضمانه .

ولكن عودة الرهن على هذا النحو لا ينبغى أن تضر بحقوق الغير حسن النية التى اكتسبها على العقار فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته . فإذا تم رهن العقار فى هذه الفترة لدائن حسن النية وتم قيده ، كان لهذا الدائن الأسبقية فى استيفاء حقه على الدائن المرتهن الذى عاد رهنه .

والدين المضمون بالرهن قد يزول بزوال التصرف المنشئ له لابطاله أو لتحقق الشرط الفاسخ الذى علق عليه ، وقد ينقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام وهى : الوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة، والابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم (٢) .

المبحث الثانى

انقضاء الرهن الرسمى بصفة أصلية

ينقضى الرهن بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون ، أى استقلالاً عن هذا الدين بعدة أسباب هى التطهير، والبيع الجبرى ، والتنازل ، واتحاد الذمة ، وهلاك العقار المرهون ، والتقادم .

(أ) التطهير والبيع الجبرى :

-إذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيًا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار .

---

(١) م ١٠٤١ مدنى .

(٢) ويرجع فى دراسة تلك الأسباب إلى القواعد العامة فى نظرية الالتزام . مؤلفنا السابق .

-إذا بيع العقار المرهون بيعًا جبريًا بالمزاد العلنى سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بايداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن (١) .

(ب) النزول عن الرهن :

يجوز للدائن المرتهن أن يتنازل عن حق الرهن ، ويحتفظ بحقه كدائن عادى . والنزول عن الرهن قد يكون صريحًا ، كما قد يكون ضمنيًا أى يستنتج من أعمال تقطع فى الدلالة عليه ، لأن النزول لا يفترض . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير تلك الأعمال ودلالتها .

ومثال النزول الضمنى عن الرهن توقيع الدائن على عقد بيع العقار المرهون كضامن لخلو هذا العقار من التكاليف ، ولا يكفى التوقيع كمجرد شاهد. وكذلك الحال إذا اشترك الدائن صاحب التأمين العينى فى التصويت على الصلح دون أن يصرح بالتنازل عن تأمينه كله أو بعضه اعتبر ذلك تنازلاً عن التأمين بأجمعه (٢) .

والنزول عن الرهن تصرف ارادى يتم بالارادة المنفردة للدائن المرتهن، دون حاجة إلى قبول الراهن (٣) ، وهو تصرف رضائى لا يشترط فيه أى شكل خاص ، ويخضع فى اثباته للقواعد العامة فى الاثبات ، إلا أنه يجب لمحو القيد أن يتم النزول فى ورقة رسمية أو بحكم قضائى (٤) .

---

(١) م١٠٨٣ ، ١٠٨٤ مدنى . وقد سبق أن تعرضنا لكل ذلك ، فنحيل إلى ذلك الموضع ص ٣٣٩ .

(٢) م ٢/٦٦٧ من قانون التجارة ١٩٩٩/١٧ .

(٣) وتقرر محكمة النقض بأن نص المادة ٢٧٣ مدنى يدل على أن حق المدين فى الأجل لا يسقط إذا كان اضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه . وللدائن المرتهن - شأنه شأن صاحب أى حق عينى آخر - أن يتنازل عن رهنه دون أن يرجع ذلك إلى ارادة المدين الراهن . نقض ١٩٦٩/٢/١١ س٢ ص ٣٠٣ .

(٣) م ٤٥ من قانون الشهر العقارى .

ويجب لصحة النزول أن تتوافر فى الدائن أهلية التنازل عن الدين نفسه ، ولأن هذا التنازل يتم دون مقابل ، فإنه يعد عملاً من أعمال التبرع ، لذا وجب أن يكون الدائن أهلاً للتبرع بالدين أى بالغ سن الرشد غير محجور عليه .

ويختلف النزول عن الرهن عن كل من النزول عن مرتبته ، والنزول عن القيد كما سبق وعرضنا من قبل [1] .

(جـ) اتحاد الذمة :

ينقضى الرهن باتحاد الذمة إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمى . أى أن الرهن ينقضى إذا اجتمعت فى نفس الشخص صفتا الدائن المرتهن ومالك العقار .

مثال ذلك شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون أو اكتساب ملكيته بالميراث ، أو يرث مالك العقار الدائن المرتهن ومن ثم ينتقل إليه الدين ومعه الرهن الذى يضمنه ، وقد يحيل الدائن إلى المالك الدين والرهن .

ينقضى الرهن باتحاد الذمة لأنه فائدة لأن يكون للشخص رهن على ما يملكه ، إلا أنه قد تكون للمالك مصلحة فى أن يحتفظ بالرهن على العقار الذى آلت إليه ملكيته ، وذلك إذا وجد على العقار رهون أخرى ، حتى يمكنه الاحتجاج به فى مواجهتهم خاصة إذا كان متقدماً عليهم .

وإذا زال السبب فى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، كفسخ البيع الذى ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون ، فإن الرهن يعود من جديد .

(د) هلاك العقار المرهون :

إذا هلك العقار المرهون ، فإن الرهن ينقضى لزوال محله. والهلاك قد يكون مادياً ، كهلاك المبانى أو المنشآت المرهونة ، وقد يكون الهلاك قانونياً ، كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة .

---

(١) أنظر ما سبق ص ٣٢٧ .

ويجب لانقضاء الرهن أن يكون العقار المرهون قد هلك كليًا . أما إذا كان الهلاك جزئيًا ، فإن الرهن لا ينقضى إلا بالنسبة إلى الجزء الذى هلك ، ويظل باقيًا على الجزء الباقى من العقار ، ويكون ضامنًا لكل الدين طبقًا لقاعدة عدم تجزئة الرهن . مثال ذلك هلاك المنشآت المرهونة مع الأرض ، حيث ينقضى الرهن على المنشآت المنهارة ويبقى على الأرض ، وكذلك الحال إذا تم نزع ملكية جزء من العقار المرهون .

« ويلحق بحالة الهلاك انقضاء الحق المرهون ، كما إذا رهن المنتفع حقه ، ثم انقضى هذا الحق بموت المنتفع أو بحلول الأجل . وكما إذا رهن المستأجر البناء الذى أقامه على الأرض المؤجرة بترخيص من المالك ، ثم انقضت ملكية المستأجر لهذا البناء نتيجة تطبيق قواعد الالتصاق (١) » .

ويجدر الاشارة أخيراً إلى الحكم القاضى بأنه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يتقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة . أى أن حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته إلى ما يحل محل العقار المرهون تطبيقاً لمبدأ الحلول العينى (٢) .

(هـ) هل ينقضى الرهن بالتقادم :

من المقرر أنه إذا سقط الالتزام المضمون بالرهن بالتقادم ، فإن الرهن ينقضى بصفة تبعية . ولكن هل يمكن أن ينقضى حق الرهن بالتقادم استقلالاً عن الدين المضمن ، أى حتى ولو بقى هذا الدين قائماً ؟

من المتفق عليه أن الرهن لا ينقضى بالتقادم بصفة أصلية عن الدين المضمون ، ما دام العقار المرهون فى يد الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى .

---

(١) م١٠٣٨ مدنى . أنظر ما سبق ص ٢٥٣ .

(٢) م ١٠٤٩ مدنى . أنظر ما سبق ص ٣٣١ .

ولكن هل يختلف الحكم إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ؟

يقرر القانون الفرنسي انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم إذا انتقل العقار إلى حائز ولم يتمسك الدائن المرتهن بحقه في مواجهته خلال المدة اللازمة لاكتساب ملكية العقار بالتقادم المكسب ، ولا ينقطع هذا التقادم بتجديد القيد .

وتضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني حكماً مماثلاً(١) : « ١- لا ينقضي الرهن الرسمي مستقلاً عن الدين المضمون . ٢- ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه في خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو التخلية » .

وتعلق المذكرة التفسيرية على ذلك النص بقولها : « لا ينقضي حق الرهن بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون ، ما دام العقار المرهون في ملكية الراهن ، إذ الراهن لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط للرهن إلا تبعًا للتقادم المسقط للدين ، ولكن إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإنه يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم ، لأن الحائز لم يكفل الدين ، وتسقط دعوى الرهن بالتقادم ، مستقلة عن دعوى الدين ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن في مدة خمس عشرة سنة من وقت حلول الدين ، أو من وقت تمكنه من رفع الدعوى إذا كان هناك سبب يقف سريان المدة . وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو التخلية ، لأن هذا الانذار بالنسبة للحائز له قوة التنبيه بالنسبة للمدين ، كلاهما يقطع المدة ، لذلك يمكن سقوط الرهن بالتقادم دون سقوط الدين ، ويكفي في ذلك أن ينبه الدائن على المدين فينقطع التقادم بالنسبة للدين ، ولا ينذر الحائز على العقار ، وكل ما عليه هو أن يجدد الرهن قبل مضي عشر سنوات على

(١) م ١٠٥١ مدني . محمد كامل مرسي ، ص ٢٣٦ .

فيسرى التقادم بالنسبة للرهن . ولا يعترض على هذا الحكم بأن الدائن المرتهن، إذا رأى الرهن مهدداً بالضياع ، بعد أن انتقل العقار إلى حائز ، يكون شديد الوطأة على المدين ، فلا يقبل أن يتفق معه على تسوية تستغرق مدة طويلة خوفاً من ضياع الرهن بالتقادم فى يد الحائز ، فإن أمام الدائن المرتهن خمس عشرة سنة قبل أن يسقط الرهن ، وهى مدة طويلة يستطيع أيضاً أن يجددها إذا قطع التقادم بانذار الحائز ، هذا إلى أن للحائز حقاً فى أن يسقط الرهن بالتقادم كما يسقط أى حق آخر ، فإذا كفل الحكم له ذلك دون أن يخل بمصلحة الدائن ، فإن هذا الحكم لا شك عادل » .

ولكن هذا النص حذف بسبب ما وجه إليه من نقد ، خاصة وأن نفس النص الفرنسى محل نقد شديد من الفقه . وقد أخذت بعض المحاكم بهذا فى ظل القانون المدنى القديم . ولكن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء ذهب إلى العكس مقرراً أن الرهن لا ينقضى بالتقادم المسقط مستقلاً عن الالتزام المضمون . وهذا ما قررته محكمة الاستئناف المختلطة بدوائرها المجتمعة ، وأكدته بعد ذلك محكمة النقض بقولها « إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ، ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدى إلى اهدار حق الدائن فى استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه اجازة لسقوط حق الرهن استقلالاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع لا ينقضى إلا بانقضائه »(1) .

ويجمع الفقه المصرى على ذلك حيث لا يسقط الرهن بالتقادم استقلالاً

(1) نقض ١٩٥٦/٢/٨ س٧ ص ٣٠١ .

عن الدين المضمون [1] ، سواء كان العقار في يد الراهن نفسه أو انتقل إلى حائز ، ولا يمكن قياس الرهن على « الحقوق العينية الأخرى التي تسقط بعدم الاستعمال كالانتفاع والارتفاق لأن أساس هذا السقوط هو عدم قيام صاحبها بمباشرة أعمال الاستعمال طوال مدة التقادم ، في حين أن الدائن المرتهن لا يلزم بشئ من هذا القبيل ، فهو لا يقوم بأعمال استعمال مادية قيده أو على آخر تجديد سابق وهو من ناحية أخرى طول مدة بقاء الرهن ، يقوم بقبض فوائد الدين . فالقانون لم يفرض عليه أكثر من هذا ، وهو لا يوجب عليه مثلاً التنفيذ على العقار المرهون خلال مدة معينة » .

---

(١) وتقرر ذلك المبدأ محكمة النقض بقولها : إن حق الرهن المحفوظ وفقاً للقانون لا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالاً عن الدين المضمون به . نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ طعن ١١٧ س ١٣ ق .

الباب الرابع
حق الاختصاص

(أ) تعريف حق الاختصاص :

حق الاختصاص هو حق عينى تبعى يتقرر للدائن ، بأمر من رئيس المحكمة ، على عقار أو أكثر من عقارات المدين ، وتثبت للدائن بمقتضى هذا الحق سلطة استيفاء حقه فى الدين من ثمن هذا العقار فى أى يد يكون ، وذلك بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة .

ويتضح من ذلك التعريف أن حق الاختصاص يشترك مع الرهن الرسمى فى نفس الخصائص فكلاهما من التأمينات العينية ، وهو حق عينى تبعى لا يرد إلا على العقارات ، ويخول صاحبه سلطتى التتبع والتقدم بالنسبة للعقار المقرر عليه الحق (١) .

وينحصر الاختلاف بين الرهن الرسمى وحق الاختصاص فى النشأة ، فبينما ينشأ الرهن الرسمى عن العقد ، فإن حق الاختصاص ينشأ بأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب الدائن الذى يكون بيده حكم واجب التنفيذ يلزم المدين بالدين .

(ب) تقدير نظام الاختصاص :

« ويعتبر حق الاختصاص نوعاً من الاجراءات التحفظية التى يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له ضد مدينه ، إذ هو بذلك يتفادى خطر تصرف المدين فى عقاراته ، فالدائن عن طريق حق الاختصاص يستطيع تتبع تلك العقارات رغم تصرف مدينه فيها ، وذلك يغنيه عن الطعن فى تلك التصرفات عن طريق الدعوى البوليصية ، ويعفيه من اثبات غش المدين ، الأمر الذى يكون متعذراً فى كثير من الأحيان . ومن هذا يبدو إن حق

---

(١) لذلك فإنه كقاعدة عامة تطبق قواعد الرهن على الاختصاص فيما لم يرد بشأنه نص خاص. نقض ١٩٩٢/٥/٣١ طعن ١٤٩٦ س ٥٧ ق .

الاختصاص فيه ضمان لتنفيذ الأحكام القضائية ، إذ هو يضمن للدائن ، الذى ثبت حقه بحكم قضائى ، أن ينفذ هذا الحكم فى أموال المدين رغم تصرفه فيها » .

ويعاب على حق الاختصاص أنه « سبب لايثار دائن على آخر دون مبرر، بل قد يكون الأسبق من الدائنين إلى أخذ الاختصاص هو الدائن المتعنت ، وقد تكون هذه الصفة وحدها هى التى جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر ، فيسبق إلى أخذ الاختصاص » والحصول على حكم قضائى أمر منوط باعتبارات التقاضى واجراءاته بغض النظر عن وقت استحقاق الدائن لحقه ، مما قد يؤدى إلى حصول دائن على حكم قبل دائن آخر أسبق منه فى تاريخ استحقاق حقه .

ويؤخذ على حق الاختصاص أنه يدفع الدائنين ، من الناحية العملية ، إلى العجلة فى مطالبة المدين ، حيث يتم التسابق بينهم فى الحصول على حكم واجب النفاذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة جائزة السباق لمن يحصل عليه ، فيصبح بمقتضاه أكثر استيثاقًا فى الحصول على حقه طبقًا لما يخوله من سلطتى التتبع والأولوية . ولا شك أن تسابق الدائنين فى الحصول على حق الاختصاص من شأنه ارهاق المدين وزيادة المصروفات عليه ، ويجحف هذا الحق بالمدين لأن عقاراته يتقرر عليها رهن قد لا يوافق عليه .

« ولا يحقق حق الاختصاص فائدة تذكر للدائن ، لأن الدائن الذى بيده حكم واجب النفاذ يستطيع أن يشرع فى التنفيذ بالتنبيه على المدين بالوفاء وتسجيل هذا التنبيه ، فلا تنفذ تصرفات المدين بعد ذلك فى حقه ، ونظام الاختصاص لا يعطيه أكثر من ذلك »[1] .

لكن المشرع نظم حق الاختصاص بطريقة تتفادى تلك العيوب ، ولا يبق بعد ذلك إلا مزاياه ، فهو يعطى للدائن حسن النية ، الذى يخشى من تصرفات المدين ، ضمانًا يطمئن إليه ويستطيع معه أن يمهل المدين إلى أجل

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٣٩٦ .

فى الوفاء ، بما يعود بالفائدة على كل منهما ولا ضرر على سائر الدائنين ، فحق الاختصاص يحقق مصلحة أكيدة للمدين لأن الدائن قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه .

ومنع المشرع حق الاختصاص من أن يكون سببًا لايثار دائن على آخر دون مبرر لأنه لا يتقرر إلا للدائن حسن النية الذى يكون بيده حكم واجب النفاذ ، ولا يتقرر بعد وفاة المدين أو بعد اعساره حال حياته .

وحال المشرع دون أن يأخذ الدائن من مبدأ الأمر حق اختصاص على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين ، كما حال دون أن يستبقى الدائن حق اختصاص ، كان فى مبدأ الأمر متناسبًا مع الدين ، ثم اختل التناسب بعد ذلك لنقص فى مبلغ الدين أو لزيادة فى قيمة العقار .

(جـ) خطة البحث :

نظم المشرع حق الاختصاص بين الحقوق العينية التبعية ، ورتب النصوص المتعلقة به ، سواء ما تعلق منها بأصل الحق أو ما كان منظمًا لاجراءاته ، ترتيبًا منطقيًا على غرار الرهن الرسمى . فذكر فى الفصل الأول كيف ينشأ هذا الحق ، وبسط فى الفصل الثانى آثار الحق ، ثم بين إنقاصه وانقضائه .

ونقسم الباب فى حق الاختصاص إلى فصلين :

الفصل الأول : انشاء حق الاختصاص .

الفصل الثانى : آثار حق الاختصاص وانقاصه وانقضائه .

الفصل الأول
انشاء حق الاختصاص

يتقرر حق الاختصاص عن أمر صادر من المحكمة ، للدائن الذى بيده حكم ضد المدين ، ضماناً لتنفيذ هذا الحكم . ويستلزم المشرع شروطاً معينة لانشاء هذا الحق ، هذا بالاضافة إلى ضرورة اتباع اجراءات محددة لتقريره

ونعرض على التوالى ، فى المبحثين التاليين لتلك الشروط والاجراءات

المبحث الأول
الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص

« ١ - يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ٢ - ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة » .

« لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى » (١)

يتضح من هذين النصين أن المشرع يستلزم لانشاء الاختصاص عدة شروط تتعلق بالدائن الذى يتقرر له هذا الحق ، وبالحكم الذى يقرره ، وبالمال الذى يرد عليه ، وأخيراً بالوقت الذى يجوز فيه أخذه .

---

(١) م ١٠٨٥ ، ١٠٨٨ مدنى

M. Cabrillac et Mouly, Droit des sûretés , n. 695.

المطلب الأول

الدائن الذى يتقرر له الاختصاص

يتقرر حق الاختصاص ، شأنه في ذلك شأن باقى التأمينات العينية ، ضماناً لحق شخصى ، فهو لا ينشأ بصفة مستقلة ، بل بالتبعية لهذا الحق ، ومن ثم فهو يرتبط به فى نشأته وانقضائه .

ويمكن أن يتقرر الاختصاص لأى دائن ، أياً كان مصدر حقه أو محله ، سواء نشأ هذا الحق عن تصرف قانونى أو واقعة قانونية (فعل ضار أو فعل نافع) أو نص القانون ، وسواء تعلق هذا الحق بمبلغ من النقود أو بعمل أو بامتناع عن عمل ، حيث يضمن الاختصاص فى هذه الحالة ما يستحقه الدائن من تعويض بسبب اخلال المدين بالتزامه .

إلا أنه يشترط أن يكون حق الدائن قد تقرر بحكم قضائى ، ولا يكفى أن يكون هذا الحق ثابتاً بسند رسمى .

ويشترط المشرع فى الدائن الذى يتقرر له حق الاختصاص ، أن يكون حسن النية (١) . أى يجهل وجود حق للغير يتعلق بالعقار الذى يطلب الاختصاص بـه ، ويعتبر سيئ النية إذا كان يعلم بوجود حق للغير يتعلق بالعقار ، وقت طلب الاختصاص به ، ولو لم تتوافر فى هذا الحق شروط الاحتجاج به على الغير بسبب عدم اتخاذ الاجراءات لنفاذه .

فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار، وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى . ونفس الحكم إذا أخذ الدائن حق اختصاص على عقار وهو عالم بأن المدين قد رتب عليه رهناً ، فإن الأفضلية تكون للدائن المرتهن ولو كان رهنه مقيداً بعد قيد الاختصاص .

---

(١) نقض ١٩٣٦/٥/٢١ طعن ١٠س ٦ق .

وتقرر محكمة النقض فى هذا الصدد بأن الدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن العقار الذى أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرفى ثابت التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين ، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ، ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر بالاختصاص ، وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقًا ، هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملاً ايجابيًا منطويًا على سوء النية يجعل الاختصاص الصادر له منطويًا على سوء النية ، فلا يمكن اعتبار تسجيله ساريًا فى مواجهة المشترى من المدين [1].

مؤدى ذلك أن جزاء سوء نية الدائن هو عدم نفاذ حق الاختصاص المقرر له على العقار ، فى مواجهة الغير ، الذى يكون له حق على هذا العقار ، لأن فى هذا النفاذ اضرارًا بحقه ، ومن ثم لا يحتج بالاختصاص على هذا الغير ولو كان حقه غير نافذ سواء لعدم اتخاذ اجراءات ذلك النفاذ أو لتأخر اتخاذها إلى ما بعد قيد الاختصاص .

ويعد ذلك خروجًا عن القواعد العامة المقررة فى المفاضلة بين الحقوق العينية العقارية ، حيث العبرة بأسبقية شهر التصرفات المتعلقة بتلك الحقوق سواء بالتسجيل أو بالقيد ، بصرف النظر عن حسن أو سوء نية من قام بشهر حقه ، أى سواء كان يعلم بسبق تصرف المالك فى العقار من عدمه . ولعل السبب من وراء هذا الاستثناء رغبة المشرع فى الحد من اطلاق المزايا التى يتضمنها حق الاختصاص الذى يعد خروجًا على مبدأ المساواة بين الدائنين ، خاصة إذا كان الدائن الذى تقرر له هذا الحق سيئ النية .

والأصل ، وفقًا للمبادئ العامة ، أن الدائن حسن النية ، لأن حسن النية مفترض ، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك . ويكفى اثبات علم الدائن صاحب حق الاختصاص بسبق تصرف المدين فى العقار المقرر عليه هذا الحق.

---

(١) نفس الحكم السابق .

المطلب الثانى

الحكم الذى يؤخذ بمقتضاه حق الاختصاص

يلزم في الحكم ، الذى يتقرر بموجبه حق الاختصاص ، أن يكون قضائيًا ، وأن يكون واجب النفاذ ، صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين .

١- يجب أن يكون حكماً قضائياً :

لا ينشأ حق الاختصاص إلا بناء على حكم قضائى ، أى يجب أن يكون بيد الدائن حكم مثبت لحقه . فإذا لم يكن بيد الدائن حكم فلا يجوز تقرير حق اختصاص له . ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ولو كان رسمياً، فالعقد الرسمى لا يصلح أن يتقرر بموجبه حق اختصاص ، وإن كان سنداً صالحاً للتنفيذ (١).

والحكم القضائى هو ما تصدره الجهات القضائية بمقتضى ولايتها القضائية ، أما ماتصدره المحاكم من أوامر ولائية ، كالأمر على عريضة ، فلا يعد حكماً ، ولا يجوز أخذ اختصاص بناء عليه .

ويجوز تقرير الاختصاص بموجب الحكم القضائى ، أيًا كانت المحكمة التى أصدرته ، مدنية أو جنائية (الحكم الصادر بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة) أو أحوال شخصية (الحكم الصادر بالنفقة الزوجية) أو تجارية .

ويجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحًا أو اتفاقًا بين الخصوم بالرغم من أن هذا الحكم يتراوح بين الحكم والسند الرسمى (٢) . ومن أمثلة ذلك الحكم المثبت لاتفاق على قسمة بين

---

(١) السنهورى ، ص ٦٧٤.

(٢) وقضى بأن مفاد نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٤٦ و المادة ٤٩ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم والمادة ١٠٨٥ من القانون المدنى أنه يشترط لكى يحصل المحامى على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده أمر التقدير أن يكون هذا الأمر واجب التنفيذ أسوة بالحكم الذى يصدر فى الطعن فى أمر التقدير أو محضر الصلح المصدق عليه . نقض ١٩٧٠/١١/١٠ س ٢١ ص ١١٢٥ .

الشركاء أمام المحكمة (1) .

ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع (2) ، أو الحكم الصادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم .

ولا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ (3) .

ويأخذ حكم المحكمين الصادر فى بلد أجنبى نفس حكم الأحكام الصادرة من محكمة أجنبية، ويكون واجب التنفيذ بنفس الاجراءات ، بشرط أن يكون صادراً فى مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً للقانون المصرى (4) .

٢- يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ :

يقتصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ، حتى « لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ ، ويكون الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين ، لأن من يحصل على حق اختصاص قد يرتضى ارجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه » .

ويكون الحكم واجب التنفيذ فى حالتين :

الأولى : إذا كان حائزاً لقوة الأمر المقضى به ، ويكون الحكم كذلك إذا كان لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية ، وهو الحكم الانتهائى غير

(١ ، ٢) م ١٠٨٧ مدنى .

(٣) م ١٠٨٦ مدنى .

(٤) م ٢٩٦ : ٢٩٩ مرافعات .

القابل للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة ، أما لأن القانون لا يجيز هذه الطرق أو لفوات مواعيد الطعن أو لأن المحكوم عليه قد استنفذ هذه الطرق فعلاً .

أما فى حالة جواز الطعن فى الحكم بطريق غير عادى كالنقض والتماس اعادة النظر ، لم يمنع ذلك من اعتبار الحكم واجب التنفيذ ، ويجوز أخذ اختصاص بناء عليه . ولكن يزول حق الاختصاص إذا طعن فى الحكم بأحد هذين الطريقين وقضى بقبول الطعن . ولا يجوز تقرير حق اختصاص بموجب حكم طعن فيه بالنقض وقضت تلك المحكمة بوقف تنفيذه .

الثانية : إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل ، ولو لم يكن انتهائياً أى غير حائز لقوة الأمر المقضى به ، فإنه يكون واجب التنفيذ ويجوز أخذ اختصاص بمقتضاه ، إلا أن مصيره يرتبط بمصير الحكم ، فإذا ألغى هذا الحكم ، سقط حق الاختصاص .

٣- يجب أن يكون حكمًا صادراً فى موضوع الدعوى وملزمًا المدين بأداء شئ :

أولاً : فمن ناحية يجب أن يكون الحكم صادراً فى موضوع الدعوى . فلا يكفى أن يكون الحكم متعلقًا بسير الخصومة أو باجراءات الاثبات كالحكم التمهيدى أو الحكم التحضيرى الذى يقرر ندب خبير أو تعيين حارس أو اجراء معاينة أو الاحالة على التحقيق .

ولا يلزم أن يكون الحكم قطعياً ، فقد يصلح الحكم الوقتى سنداً لتقرير الاختصاص إذا تضمن الزام المدين بأداء معين ، كالحكم الصادر بنفقة مؤقتة، ويظل مصير الاختصاص مرتبطاً بمآل النفقة ، فإذا صدر حكم بالغائها أو بانقاصها ، انعكس أثر هذا الحكم على بقاء الاختصاص أو قدره .

ثانياً : ومن ناحية أخرى ، يجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بأداء شئ معين ، ويستوى أن يكون هذا الشئ مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين . ويتقرر حق الاختصاص ، فى هذه الحالة ، لتأمين استيفاء التعويض الذى يستحقه الدائن بسبب عدم الوفاء بالالتزام ،

فالاختصاص تأمين عينى لضمان الوفاء بالحق الشخصى الثابت بحكم قضائى.

وبناء على ذلك لا يجوز أخذ اختصاص بموجب الحكم الصادر بالفصل فى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى من عدمه ، والحكم الصادر برفض الدعوى ، والحكم الصادر برفض دفع أو طلب ، والحكم الصادر فى دعوى عينية باثبات ملكية المدعى للعقار محل النزاع ، لأن هذه الأحكام لاتقرر التزامًا ، ما لم تكن قد قضت بالمصروفات ، فيجوز أخذ اختصاص ضمانًا لتنفيذ ما قضى به الحكم من مصروفات .

ويجوز تقرير حق الاختصاص بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن تنفيذ الالتزام الذى أوجبه الحكم والتعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ الالتزام بتقديم الحساب ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب .

المطلب الثالث

الأموال التى يتقرر عليها الاختصاص

يرد حق الاختصاص على العقارات فقط ، أما المنقول فلا يجوز أن يكون محلاً لهذا الحق . ويشترط فى العقار محل الاختصاص أن يكون معينًا ، ومملوكًا للمدين ، وجائز بيعه بالمزاد العلنى (١) . ونستعرض فيما يلى هذه الشروط :

(أ) تعيين العقار محل الاختصاص :

يجب أن يكون العقار الوارد عليه الاختصاص معينًا تعيينا دقيقًا ، وذلك ببيان نوعه وموقعه وبياناته ، ويتم ذلك التعيين فى عريضة طلب الاختصاص

---

(١) م ١٠٨٨ مدنى .

وفى قائمة قيد حق الاختصاص ، ويصدر أمر القاضى المقرر للاختصاص متضمناً البيان الكافى للعقار أو العقارات محل هذا الحق .

وتعيين العقار أمر مشترك بين الرهن الرسمي والاختصاص ، والقصد منه حماية الغير الذى يرغب فى التعامل مع المدين حتى يتبين حقيقة مركزه ومركز العقار المحمل بالاختصاص . ويترتب على ذلك أنه لا يكفى أن يكون العقار قابلاً للتعيين . وإذا حدث نقص أو خطأ فى بيانات العقار من شأنه ايقاع الغير فى غلط ، فإن الاختصاص يبطل ويبطل قيده .

(ب) يجب أن يكون العقار مملوكًا للمدين :

يجب أن يكون العقار محل الاختصاص مملوكًا للمدين ، فلا يجوز تقرير الاختصاص على عقار مملوك لشخص آخر غير المدين [1] ، ولو كان ذلك برضاء صاحبه ، فإذا تقرر الاختصاص على عقار اتضح أنه غير مملوك للمدين، كان باطلاً .

وتوحى عبارة النص بأن ملكية المدين للعقار يجب أن تتحقق وقت قيد الاختصاص ، إلا أن الفقه والقضاء يجمعان على أنه يجب أن يكون العقار مملوكًا للمدين سواء وقت اصدار القاضى الأمر بالاختصاص أو وقت قيده . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضى أن يأمر بالاختصاص على عقار غير مملوك للمدين حتى ولو تملكه بعد ذلك ، ويمتنع قيد الاختصاص على العقار إذا نقل المدين ملكيته للغير بعد تقرير الاختصاص عليه .

---

(١) وقضت محكمة النقض بأن المشترى بعقود عرفية ثابتة التاريخ إذا تملك ما اشتراه بوضع يده المدة الطويلة المكسبة وحدها للملك فلا يحتج عليه من صاحب الاختصاص المسجل المأخوذ على العقار المشترى باعتباره مملوكًا لأحد ورثة البائع ، فإذا عولت محكمة الموضوع ما ثبت لديها من أن المشترين بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكتسب الملكية بالمدة الطويلة ، واستغنت بهذا عن البحث فى أمر تسجيل الاختصاص الذى أخذ ضد أحد ورثة البائع والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة فإنها لا تكون قد خالفت القانون فى ذلك . طعن رقم ١٢ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣ .

وتؤكد ذلك محكمة النقض بقولها أن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً وقت صدوره ، فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلاً ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد [1] . ويقع حق الاختصاص باطلاً إذا ورد على عقار غير مملوك للمدين . وقضت أنه يجب لكى ينتج الاختصاص أثره أن يكون مأخوذاً على عقار مملوك للمدين ، ويقع على الدائن اثبات ملكية العقار للمدين .

وقضت بأنه إذا كان المدين قد اشترى عقاراً ، فلا يجوز لدائنه أن يأخذ اختصاصاً على هذا العقار ما دام المدين لم يسجل عقد شرائه [2] . وقضت بأنه متى كان الدائن قد قيد اختصاصه بعد أن باع المدين العقار وسجل المشترى عقده ، فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلاً لحصوله بعد انتقال ملكية العقار للمتصرف إليه [3] .

(جـ) العقار جائز بيعه بالمزاد العلنى :

يجب أن يكون العقار محل الاختصاص مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى أى

---

(١) وإذن فمتى كان للدائن إذ حصل على حق اختصاص على عقار وسجله لم يكن هذا العقار مملوكاً لمدينة وعند تجديد قيد الاختصاص كانت ملكية العقار قد آلت إلى المدين عن طريق الميراث ثم باع المدين العقار إلى آخر فإن ملكية العقار تكون قد انتقلت إلى المشترى غير محملة بحق الاختصاص الذى وقع باطلاً لصدوره على عقار لم يكن مملوكاً للمدين . (طعن رقم ٣١٥ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣) .

(٢) أن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه . ولذلك لا يعتبر المشترى مالكاً إلا من يوم تسجيل عقد شرائه ، فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد وقع والعقار غير مملوك للمدين .(طعن رقم ٤٢ لسنة ٨ق لسنة ١٩٢٩/٢/٩) .

(٣) نقض ١٩٥٥/٢/١٠ طعن ٣٠٣ س٢١ق .

مما يجوز الحجز عليه ، وذلك حتى يتمكن الدائن من التنفيذ عليه لاستيفاء دينه جبراً فى حالة عدم الوفاء به اختيارياً .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تقرير اختصاص على عقار موقوف لأنه لا يجوز بيعه (١) ، وكذلك الحال بالنسبة لحقوق الاستعمال والسكنى حيث لا يجوز ، كقاعدة عامة ، التصرف فيها .

المطلب الرابع
الوقت الذى يجوز فيه أخذ الاختصاص

يجوز للدائن ، إذا توافرت الشروط السابقة ، الحصول على اختصاص على عقارات المدين فى أى وقت ، إلا أن المشرع قرر عدم جواز تقرير الاختصاص فى حالتين : بعد موت المدين ، وبعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار .

(أ) فلا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة (٢) . وذلك تحقيقاً للمساواة بين الدائنين العاديين للمتوفى ، ومنع أى منهم من الحصول ، بعد وفاة المدين ، على مركز متميز عن الآخرين لأى سبب كان ، ويعد ذلك تقنيناً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى هذا الشأن

---

(١) وقضى بأنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص على هذه الأعيان لديون سابقة على تاريخ العمل بالمرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ رغم انتهاء الوقف عليها وأيلولة ملكيتها إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . إذ تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، ولا يجوز بالتالى لأرباب هذه الديون أن يستصدروا أمراً بالاختصاص على هذه الأعيان تحت يد من آلت إليه ملكيتها قصداً من المشرع إلى استمرار الحماية التى أسبغها القانون فيما مضى على المستحقين فى الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف .

نقض ١٩٥٧/٥/٣٠ س٨ ص ٥٤١ .

(٢) م ١٠٨٥ مدنى .

تفريعاً على مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » ، فبوفاة المدين تتعلق حقوق جميع الدائنين بالتركة ، فلا يصح التمييز بينهم » . ذلك « أن الفقه الاسلامي اعتبر الموت عارضًا تخرب به الذمة ويبطل الولاية في المال ، ولهذا نقل حقوق الغرماء الثابتة في ذمة المتوفى إلى تركته واستبقاها على حكم ملكه لتتم التصفية بدفع الديون وتنفيذ الوصايا وقسمة ما يبقى بين الورثة ، هذا النظر ينتهي بوجوب استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه عند الوفاة ، فمن لم يكن وقتئذ صاحب دين ممتاز بقي غريماً يقاسم غيره قسمة غرماء .

والجدير بالذكر ، في هذا المقام ، أن قانون الشهر العقاري ، يقي دائني المتوفى من تصرفات الورثة الضارة بهم ، حيث يشترط تسجيل حق الارث لامكان شهر التصرفات التي تصدر من الوارث ، ويجوز لدائني المورث التأشير بديونهم في هامش تسجيل حق الارث ، ويترتب على هذا التأشير عدم نفاذ تصرفات الوارث في عقارات التركة ، في مواجهة الدائنين متى كان التأشير قد تم خلال سنة من شهر حق الارث أو بعد السنة ، وقبل شهر التصرف .

وإذا كان القانون قد منع تقرير الاختصاص بعد موت المدين ، إلا أنه يجوز ، مع ذلك شهر حق الاختصاص الذي كسبه الدائن قبل وفاة مدينه ، ومن ثم يمكن قيد الاختصاص في هذه الحالة ، لأن القيد ليس سوى وسيلة لشهر الحق وجعله نافذاً في مواجهة الغير ، ويكسب الدائن حق الأفضلية على سائر الدائنين حسب مرتبته .

(ب) لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين ، الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، بأي اختصاص يقع على عقارات المدين ، بعد هذا التسجيل [1] . أي أنه لا يحتج بالاختصاص المأخوذ على عقارات المدين ، بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، على الدائنين أصحاب الحقوق السابقة على هذا التسجيل . والهدف من ذلك هو ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى على نحو يقيهم من عناء التزاحم والتدافع .

---

(١) م ٢٥٦ مدني .

وينبغى ملاحظة أن النص السابق لا يحول دون تقرير الاختصاص فى حالة الاعسار ، كما هو الحال فى حالة وفاة المدين ، ولكنه يقرر فقط عدم نفاذه فى مواجهة الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار. وقد يكون للدائن مصلحة فى وجود الاختصاص ، رغم عدم نفاذه ، وذلك فى حالة انتهاء الاعسار بأى سبب من الأسباب ، ويستطيع الدائن الاحتجاج بالاختصاص على الدائنين التاليين له ، ويتتبع العقار محل اختصاصه فى أى مكان(١) .

ويراعى أيضاً أن الحكم السابق يقتصر على الاختصاص الذى يتم تقريره بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، أما إذا كان الاختصاص قد نشأ فى تاريخ سابق على هذا التسجيل ، فإنه يكون نافذاً فى حق الدائنين العاديين متى قام الدائن بقيده ، ولو تم ذلك القيد فى تاريخ لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الاعسار . أى أنه إذا صدر الأمر بالاختصاص قبل تسجيل الصحيفة ، فإنه يجوز للدائن أن يجرى قيده بعد ذلك التسجيل ليترتب عليه كافة آثاره .

المبحث الثانى

اجراءات تقرير حق الاختصاص

حق الاختصاص لا يتقرر بقوة القانون ، بل يجب أن يستصدر به الدائن ، الذى بيده حكم ضد المدين ، أمراً من المحكمة المختصة بعد اتباع اجراءات معينة ، تتمثل فى تقديم طلب الاختصاص إلى القاضى ، لينظره بمقتضى سلطته الولائية ، فإذا أصدر الأمر بالاختصاص ، تعين على قلم الكتاب اعلان المدين به كى يستطيع التظلم منه .

(أ) تقديم طلب الحصول على حق الاختصاص :

على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى

(١)عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٥١١ .

يريد الاختصاص بها ، وفى حالة تعدد مواقع العقارات ، يتعين على الدائن التقدم بطلب الاختصاص إلى رئيس كل محكمة يقع بدائرتها أحد هذه العقارات . ويجب أن تكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين [1] .

ويجب أن تشتمل العريضة على البيانات التى تدون عادة فى قائمة الرهن الرسمى المقدمة للقيد وهى :

١- اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

٢- اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

٣- تاريخ الحكم المراد أخذ الاختصاص استناداً إليه ، وبيان المحكمة التى أصدرته .

٤- مقدار الدين المراد ضمانه بالاختصاص ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتًا وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص .

٥- تعيين العقار أو العقارات (محل الاختصاص) تعييناً دقيقًا وبيان موقعها[2] . ويجب أن يقدم الدائن مع العريضة نوعين من الأوراق .

١- صورة رسمية من الحكم الذى يستند إليه الدائن فى الحصول على الاختصاص ، أو شهادة من قلم كتاب المحكمة التى أصدرته مدون فيها منطوق الحكم .

٢- الأوراق الدالة على قيمة العقار أو العقارات المراد تقرير الاختصاص عليها ، حتى يستطيع القاضى أن يقدر مدى تناسب هذه القيمة مع الدين المراد ضمانه ، ويقرر الاختصاص بالقدر المناسب لضمان هذا الدين .

(ب) فصل القاضى فى طلب الاختصاص :

ينظر القاضى طلب الاختصاص ، المقدم من الدائن ، بمقتضى سلطته

---

(١) م ١٩٤ مرافعات .

(٢) ١٠٨٩ مدنى .

الولائية ، فهو لا يفصل فى خصومة ، لذا لا يلزم حضور الخصم وهو المدين .

ويجيب القاضى طلب الاختصاص إذا تواقرت شروطه ، وتقتصر سلطة القاضى على بحث مدى توافر هذه الشروط ، ومراعاة التناسب بين الدين المحكوم به (المراد ضمانه) والعقار أو العقارات المطلوب توقيع الاختصاص عليها . فإذا تبين للقاضى زيادة قيمة العقارات على قيمة الدين ، فإنه يقصر الاختصاص على جزء منها ، ويرفض توقيع الاختصاص إذا كان الدائن قد سبق وحصل على اختصاص على عقار آخر يكفى لسداد الدين . ويشمل الدين أصل الدين والفوائد والمصروفات ، ويعتد بالفوائد المستحقة وقف اصدار الأمر .

وإذا رأى رئيس المحكمة اصدار الأمر بالاختصاص ، فإنه يدون أمره فى ذيل العريضة المقدمة إليه من الدائن [1] .

(جـ) اعلان الأمر بالاختصاص والتأشير به :

على قلم الكتاب اعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه الأمر ، وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة يسلمها للدائن [2]. وذلك بهدف الحيلولة دون حصول الدائن على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات مدينة بناء على حكم واحد .

(د) التظلم من قرار رئيس المحكمة :

يجوز لكل من الدائن والمدين التظلم من قرار رئيس المحكمة بصدد طلب الاختصاص .

أولاً : بالنسبة للمدين ، رأينا أنه يتعين على قلم الكتاب اعلانه بالأمر

---

(١) م ١٠٩٠ مدنى .

(٢) ١٠٩١ مدنى .

الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه ، لأنه يصدر فى غيابه ، حتى يعلم بصدوره وتتاح له فرصة التظلم منه إن كان هناك وجه لذلك .

فقد يعترض المدين على ترتيب الاختصاص لعدم توافر شروطه ، أو لسبب يتعلق بالحكم الذى تقرر بموجبه ، كما لو كان الحكم غير واجب النفاذ أو تم الطعن فيه بالنقض وقبل الطعن ، أو لأن المدين قد أوفى بالدين المحكوم به ، أو لأن العقارات المقرر عليها الاختصاص تزيد قيمتها كثيراً على مبلغ الدين .

ويستطيع المدين أن يتظلم من الأمر بالاختصاص إما أمام رئيس المحكمة الذى أصدر الأمر ، وإما أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها مصدر الأمر ، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة . ويجب أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً [(١)] .

وينظر القاضى الآمر ، أو المحكمة التظلم ويتم الفصل فيه إما بتأييد الأمر أو بتعديله ، ويجوز استئناف الحكم الصادر أمام محكمة الاستئناف المختصة طبقاً للطرق المقررة للطعن فى الأحكام .

وإذا صدر أمر أو حكم بالغاء الأمر الصادر بالاختصاص بناء على تظلم المدين ، فإنه يجب أن يؤشر على هامش القيد (إن كان قيد) بالأمر أو الحكم الذى ألغاه . ويترتب على ذلك الغاء القيد والغاء الأمر الصادر بالاختصاص .

ثانياً : بالنسبة للدائن ، إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر ، أو بعد تظلم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية [(٢)] .

يتضح من ذلك أن الدائن يستطيع التظلم من قرار رئيس المحكمة أمام المحكمة الابتدائية ، وليس أمام نفس الرئيس مصدر القرار . كما هو الحال

---

(١) م ١٩٧ ، ١٩٩ مرافعات .

(٢) م ١٠٩٣ مدنى .

بالنسبة للمدين ، والسبب فى التفرقة هو أن القرار يصدر فى غير حضور المدين. ويتظلم الدائن فى حالة رفض رئيس المحكمة الابتدائية توقيع الاختصاص رغم توافر شروطه ، أو فى حالة الغاء اختصاص سبق تقريره بناء على تظلم المدين .

أما إذا كان الغاء الأمر الصادر بالاختصاص قد تم بواسطة المحكمة الابتدائية بناء على تظلم المدين إليها ، فإنه لا يكون أمام الدائن سوى استئناف هذا الحكم أمام المحكمة المختصة .

وإذا أعادت المحكمة الاختصاص مرة أخرى بناء على تظلم الدائن ، بعد أن كان قد سبق الغاؤه ومحو قيده بناء على طلب المدين ، فإن المحو يلغى ، وتعود للاختصاص مرتبته الأصلية بشرط ألا يضر ذلك بحقوق الآخرين التى تم قيدها أو تسجيلها فى الفترة ما بين المحو والالغاء (١) .

---

(١) م ٤٦ من قانون الشهر العقارى .

الفصل الثانى
آثار الاختصاص وانقاصه وانقضائه

المبحث الأول
آثار الاختصاص وانقضائه

أحال المشرع صراحة فى آثار الاختصاص وانقضائه إلى قواعد الرهن الرسمى ، فنص على أن يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى . ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة (١) .

فالاختصاص يمنح الدائن حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن الرسمى تماماً ، ويجب على الدائن صاحب حق الاختصاص أن يقوم بقيده حتى يستطيع أن يباشر حق التقدم وحق التتبع . فإذا نشأ الاختصاص وتم قيده أصبح نافذاً فى مواجهة الغير وترتبت عليه نفس آثار الرهن الرسمى .

ويخضع قيد الاختصاص وتجديده ومحوه لنفس القواعد المنظمة لقيد الرهن الرسمى ، وتتحدد مرتبة الاختصاص بالنسبة لسائر الحقوق المقيدة أو المسجلة على العقار وفقاً لترتيب قيده .

ولعل الفارق الوحيد بين الرهن الرسمى والاختصاص من حيث الاحتجاج به على الغير ، يكمن فى اشتراط المشرع حسن نية الدائن صاحب حق الاختصاص ، فهذا الدائن لا يستطيع التمسك بسبق قيد حقه فى مواجهة الغير إذا كان سيئ النية ، أى يعلم بوجود حق الغير كما عرضنا من قبل .

---

(١) م ١٠٩٥ مدنى .

وينقضى الاختصاص بنفس الأسباب التى ينقضى بها الرهن الرسمى ، سواء كان ذلك بصفة أصلية (بالنزول عنه أو باتحاد الذمة أو بالتطهير أو بهلاك العقار) ، أو بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون .

وبصفة عامة يمكن القول بأن الاختصاص لا يختلف عن الرهن الرسمى إلا فى نشأته ، ومن ثم تطبق عليه نفس أحكامه السابق دراستها .

المبحث الثانى
انقاص الاختصاص

« يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب انقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان الذى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين .

ويكون انقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين .

والمصروفات اللازمة لاجراء الانقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلب الانقاص » (١) .

يحرص المشرع على أن يكون العقار المحمل بالاختصاص متناسبًا فى قيمته مع الدين المضمون . وقد أوجب على القاضى مراعاة ذلك عند تقرير الاختصاص ، فهو يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب ، حيث يلتزم الدائن بتقديم الأوراق الدالة على قيمة العقارات مع العريضة . وللقاضى ، عند الاقتضاء أن يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين(٢) .

---

(١) م ١٠٩٤ مدنى .

(٢) م ١٠٩٠ مدنى .

وخروجًا على مبدأ عدم تجزئة الضمان ، ذلك المبدأ المقرر بالنسبة للرهن، أجاز القانون انقاص حق الاختصاص ، أى قصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو نقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين ، وذلك إذا تبين أن قيمة العقار أو العقارات المحملة بالاختصاص لا تتناسب مع مبلغ الدين المضمون . ويتحقق عدم التناسب بسبب نقص مبلغ الدين المضمون نتيجة الوفاء بجزء منه ، أو بسبب زيادة قيمة العقار محل الاختصاص إما لعدم الدقة فى تقدير قيمته فى البداية ، أو لارتفاع هذه القيمة بفعل العوامل الاقتصادية أو نتيجة لتحسينات أو انشاءات أجراها المدين . وتقدير عدم التناسب أمر متروك للسلطة التقديرية للمحكمة .

والحق فى طلب الانقاص مقرر لكل ذى مصلحة ، سواء أكان المدين ، أو الدائن صاحب التأمين العينى المتأخر فى المرتبة عن الاختصاص ، أو الدائن العادى ، أو الحائز الذى كسب ملكية العقار بعد قيد الاختصاص .

ويكون للمدين أن يطلب الانقاص إما عن طريق التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام رئيس المحكمة الذى أصدره إذا كان ميعاد التظلم لم ينقض بعد ، وإما عن طريق دعوى أصلية مبتدأة . ويجوز رفع هذه الدعوى بطلب الانقاص سواء أكان عدم التناسب بين العقار والدين المضمون قائمًا منذ البداية أو طرأ بعد تقرير الاختصاص . أما طلب الانقاص من غير المدين فيكون عن طريق رفع دعوى أصلية به ، لأن القانون لم يجز التظلم إلا للمدين . وقد يتم الاتفاق على الانقاص باتفاق ودى مع الدائن .

والحكمة من الانقاص هى رفع الضرر الذى يلحق المدين نتيجة أثقال عقاراته بحق اختصاص يتجاوز كثيراً ما يلزم لضمان الدين ، هذا بالاضافة إلى حماية الدائنين الآخرين ،سواء أكانوا دائنين عاديين ، أم كانت لهم حقوق مقيدة على العقارات بعد قيد الاختصاص .

وإذا تم الانقاص فإنه يجب التأشير بذلك على هامش قيد الاختصاص الأصلى ، وذلك إذا تمثل الانقاص عن طريق قصره على جزء من العقار أو العقارات التى تقرر عليها الاختصاص ، أما إذا نقل الاختصاص إلى عقار

آخر ، فيجب محو القيد الأول ، واجراء قيد جديد على هذا العقار حتى يحتج بالاختصاص على الغير ، وتتحدد مرتبة الاختصاص من تاريخ اجراء القيد ، حيث يجب ألا يضر بحقوق الدائنين المقيدة على هذا العقار قبل هذا القيد . وإذا تم الانقاص بالاتفاق الودى ، فإنه يجب اثبات هذا الاتفاق فى محرر رسمى ، حتى يمكن التأشير به على هامش القيد الأصلى للاختصاص .

ويتحمل طالب الانقاص المصروفات اللازمة لاجرائه ، وذلك ما لم يكن الانقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، كما لو بالغ فى التقدير أو قدم مستندات غير صحيحة أدت إلى تقرير الاختصاص على عقارات تزيد قيمتها كثيراً عن مقدار الدين المضمون ، هنا يتحمل الدائن قيمة هذه المصروفات . وإذا تقرر الانقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة فيها حسب الأحوال . وقد تضمن هذه الأحكام المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، ويمكن الأخذ بها رغم حذفها لاتفاقها مع المبادئ العامة[1] .

(١) محمد كامل مرسى ، ص ٢٦٥ .

الباب الخامس
الرهن الحيازى

(أ) مقومات وخصائص الرهن الحيازى :

تتضح مقومات الرهن الحيازى من خلال النص الذى يقضى بأن الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئًا يرتب عليه الراهن للدائن حقًا عينيًا يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون(١) .

وتبين المذكرة الايضاحية للقانون اليمنى مشروعية الرهن بقولها : الرهن فى اللغة الحبس ، وهو شرعاً حبس شئ بحق لاستيفاء الحق من ذلك الشئ ، والغرض منه هو التوثق من الوفاء بالحق ، ودليل مشروعيته النص لقوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » ، ولما روى عن أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها : أن النبى عليه السلام « اشترى طعامًا من يهودى يقال له أبو الشحم ورهن درعه لديه » .

ويمكن استعراض أهم خصائص الرهن الحيازى فيما يلى :

١- الرهن الحيازى عقد رضائى ملزم للجانبين ، حيث ينعقد بمجرد التراضى بين طرفيه دون حاجة إلى شكل معين ، ولا ضرورة لتسليم الشئ المرهون ، فالتسليم ليس ركناً لانعقاد الرهن ، بل هو التزام يترتب عليه ، من بين الالتزامات الأخرى ، التى تتولد عنه على عاتق كل من الراهن المرتهن .

٢- الرهن الحيازى حق عينى تبعى ، فهو حق عينى يخول الدائن المرتهن ميزة التتبع للمال المرهون ، وميزة التقدم على باقى الدائنين فى ثمنه،

---

(١) م ١٠٩٦ مدنى .

وهو تابع لالتزام أصلى ينشأ لضمان الوفاء به وهو يتبع الدين المرهون فى صحته وفى انقضائه .

٣- الرهن الحيازى غير قابل للتجزئة ، سواء من حيث المال المرهون ، أو من حيث الدين المضمون ، فكل جزء من المال المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بهذا المال .

(ب) الرهن الحيازى والرهن الرسمى :

يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فى أن كل منهما يعتبر حقاً عينياً تبعياً غير قابل للتجزئة ، وإنهما ينتميان إلى التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد . وذلك بخلاف حق الاختصاص الذى ينشأ بأمر من القاضى ، وحق الامتياز الذى يتقرر بنص القانون

ولكن الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الرسمى فى أكثر من ناحية :

١- ينشأ الرهن الحيازى بالعقد العرفى أى بمجرد التراضى دون اشتراط أى شكل رسمى ، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للرهن الرسمى الذى يشترط فيه أن يكون العقد رسمياً .

٢- يصح أن يتقرر الرهن الحيازى على العقار أو المنقول ، أما الرهن الرسمى ، فلا يكون محله إلا عقاراً ، ولا يقع على المنقول .

٣- تنتقل حيازة الشئ المرهون ، فى الرهن الحيازى ، من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ، إما فى الرهن الرسمى فيبقى العقار المرهون فى حيازة الراهن .

٤- يخول الرهن الحيازى الدائن المرتهن سلطات أوسع من سلطات الدائن المرتهن فى الرهن الرسمى ، فالأول يحوز المال المرهون ، وله بالتالى سلطة استغلاله وقبض ثماره وخصمها من أصل الدين ، وله حق حبسه عن الراهن حتى يقتضى الدين ، وهو فضلاً عن ذلك يخول صاحبه حق التنفيذ على العين لاستيفاء دينه ويكون له فى ذلك حق التقدم والتتبع ، أما الرهن الرسمى ، فلا يخول الدائن حق الحبس ، وكل ما له مكنة التنفيذ على العقار المرهون مع حق التقدم والتتبع .

(جـ) تقدير الرهن الحيازى :

لعل أهم الانتقادات التى توجه إلى الرهن الحيازى أنه « يحرم المالك من الانتفاع بنفسه بما يملك ، وهو كثيراً ما يستنفذ القيمة الائتمانية للشئ ، وإن كان هذا الضرر يخف بإمكان رهن الشئ الواحد ضماناً لديون متعددة ، وهو ، فوق ذلك ، يضع الشئ فى حيازة غير مالكه الذى لا يمكن أن ننتظر منه ، لرعايته ، نفس حيطة المالك وحذره . وزيادة على ذلك كله ، فالمرتهن ملتزم باستغلال المرهون لصالح الراهن ، وقد يكون ذلك عبئًا ثقيلاً عليه ، كما أنه لا يستغل الشئ استغلال مالكه ، وهذا ما يضر بالاقتصاد القومى » .

ولكن الرهن الحيازى يتميز بأنه الوسيلة الوحيدة للتأمين العينى الاتفاقى للثروة المنقولة ، فالدائن يقبل رهن الحيازة لأنه يهيئ وسيلة عملية لاستيفاء الدين ، ويخوله حبس العين المرهونة إلى أن يتم الوفـاء ، وهو ينطوى على تيسير على الأطراف لأنه يتم بعقد عرفى ، ويتيح استهلاك الدين من خلال التزام الدائن المرتهن باستغلال المال المرهون واستنزال الغلة من الدين .

وللرهن الحيازى أهمية عملية كبيرة ، نظراً لسعة انتشاره فى المنقول والعقار على السواء ، أما فى المنقول ، فكثيراً ما يلجأ عن طريقه ، إلى رهن البضائع والمحصولات الزراعية والأوراق المالية ، فضلاً عن المنقولات ذات القيمة كالمجوهرات والحلى المصنوعة من المعادن الثمينة تأميناً للوفاء بمبلغ القرض ، وأما فى العقار ، فالرهن الحيازى منتشر بين الزراع ، لأن حيازة المال المرهون واستثماره والاحتفاظ بغلته ، يعلق عليها الدائنون فى الريف أهمية كبيرة » .

فالناس فى الريف يألفون التعامل بالرهن الحيازى لبساطته ، أكثر من التعامل بالرهن الرسمى ، ولا يزال الرهن الحيازى من أهم وسائل الائتمان بين الفلاحين ، ويحتل مكاناً مرموقًا إلى اليوم ، ولعل انتشار الخبرة والدراية بأمور التوثيق والشهر يقلل من أهمية الرهن الحيازى بين الأفراد ويتم الاقبال على نظام الرهن الرسمى ، أسوة بالمصارف وبالشركات وبيوت المال الكبيرة .

ولا يمكن الاستغناء عن الرهن الحيازى فى المنقول لأنه ضرورى لحماية الدائن المرتهن مما قد يجريه الراهن من تصرفات مادية تضره ، بانقاص قيمة

الشئ ، أو التصرف فيه وتسليمه للغير حسن النية الذى يستطيع التمسك فى مواجهة المرتهن بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . وبقاء المنقول فى حوزة الدائن يعد ضماناً كبيراً له لأن ذلك بمثابة شهر لحقه واعلان للغير بوجود الرهن على المنقول ، وبأن ملكية الراهن لم تعد خالصة له .

لذا يذهب البعض إلى قصر الرهن الحيازى على المنقول والاكتفاء بالرهن الرسمى فى العقار لأن العلانية مكفولة فى هذا الرهن من خلال نظام الشهر ، وهو يتضمن حماية الدائن من مخاطر تصرفات المدين ، لأن الدائن يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة مكتسبى الحقوق عليه وتتبعه فى يد حائزيه ، ويتميز الرهن الرسمى بأنه لا يجرد الراهن من حيازة العقار ولا يحرمه من استغلاله .

خطة البحث :

(د) نقسم دراستنا للرهن الحيازى إلى ثلاثة فصول نخصص الأول لانشاء الرهن ، والثانى لآثاره ، والثالث لانقضائه .

الفصل الأول
انشاء الرهن الحيازى

الرهن الحيازى عقد رضائى ينعقد بمجرد التراضى بين المدين الراهن ، والدائن المرتهن . وهو يخضع للمبادئ العامة فى نظرية العقد من وجوب توافر الرضا ، وأن تكون ارادة الأطراف خالية من العيوب ، ويجب أن يكون هناك محل وسبب لالتزام طرفى العقد ، وأن تصدر الارادة من شخص أهل لمباشرة العقد .

ونكتفى فى هذا المقام بتناول موضوعات ثلاثة هى : أهلية مباشرة الرهن، الدين المضمون بالرهن ، المال المرهون .

المبحث الأول
أهلية مباشرة الرهن الحيازى

(أ) أهلية أطراف الرهن :

أطراف الرهن الحيازى هما الراهن والدائن المرتهن ، والراهن إما أن يكون مديناً أو كفيلاً عينياً .

– ويعتبر الرهن بالنسبة للراهن عملاً من أعمال التصرف ، لذا يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى المال المرهون، أى يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، والرهن تصرف من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الراهن لأنه يحصل فى مقابله على ائتمان معين أو على مد أجل الالتزام . ويترتب على ذلك أن الرهن الذى يبرمه عديم الأهلية يقع باطلاً ، وإن أبرمه ناقص الأهلية كان قابلاً للابطال .

– إذا قدم الرهن شخص آخر غير المدين (الكفيل العينى) ، فإن العقد يعتبر من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر إن كان الرهن بمقابل ،

ويعتبر تصرفًا ضاراً ضرراً محضاً إذا تم بدون مقابل ، ويلزم فى هذه الحالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع بالمال المرهون .

– وبالنسبة للدائن المرتهن ، يعتبر الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، لذا يجب أن يكون كامل الأهلية (١).

(ب) الولاية اللازمة لمباشرة الرهن الحيازى :

إذا كانت الأهلية تتمثل فى صلاحية مباشرة الشخص لابرام التصرفات وترتيب أثارها فى حق نفسه ، فإن الولاية تتمثل فى قيام الشخص بابرام التصرفات نيابة عن الغير .

– بالنسبة للدائن المرتهن ، يجوز أن يبرم الرهن الحيازى نيابة عنه وكيل لديه وكالة عامة لأن الالتزامات التى يرتبها الرهن فى ذمة الدائن تعتبر من قبيل أعمال الادارة . ويجوز لكل من الولى والوصى والقيم قبول الرهن بالنيابة عن الدائن ، دون اشتراط اذن المحكمة .

– أما عن المدين الراهن ، فإن من ينوب عنه يجب أن تتوافر فيه ولاية التصرف فى المال المرهون ، فإذا كنا بصدد نيابة اتفاقية لزم أن تكون الوكالة خاصة ولا تكفى الوكالة العامة . ولا يجوز للنائب القانونى (ولى أو وصى أو قيم) ابرام الرهن نيابة عن الأصيل إلا بعد اذن المحكمة وطبقًا للشروط التى يتطلبها قانون الولاية على المال .

– وبالنسبة للكفيل العينى المتبرع ، لا يستطيع وكيله ابرام الرهن نيابة عنه إلا إذا كان لديه وكالة خاصة بأعمال التبرع . وليس للنائب القانونى مباشرة الرهن ولو باذن المحكمة .

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٤٤٤ .

المبحث الثانى
الدين المضمون بالرهن

يقوم الرهن الحيازى لضمان دين معين ، لذا يجب أن يكون هذا الدين موجوداً وصحيحاً ومعيناً .

(أ) تبعية الرهن للدين المضمون :

لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انعقاده ما لم ينص القانون على غير ذلك [١] .

فالرهن لا ينشأ إلا بضمان الوفاء بالتزام معين ، وهذا الالتزام يعد سبباً لالتزام الراهن ، ومن ثم فإن الرهن يعتبر تابعاً للالتزام المضمون . فهو يتبعه فى وجوده وصحته وانقضائه ، فلا يقوم الرهن إلا بوجود الدين المضمون صحيحاً ، ويبطل الرهن كلما بطل الدين المرهون ، وينقضى بانقضائه . وإذا كان الدين باطلاً أو قابلاً للابطال ، فإن الرهن يكون باطلاً أو قابلاً للابطال . وإذا انقضى الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن بالتبعية .

ويترتب على صفة التبعية أنه إذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين [٢] .

أى أن الكفيل العينى يستطيع التمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين بالاضافة إلى الدفوع الخاصة به ، فهو يستطيع الدفع ببطلان الدين المضمون أو بانقضائه ، ويمكنه كذلك التمسك ببطلان عقده مع الدائن المرتهن .

---

(١) م ١/١٠٤٢ مدنى .

(٢) م ٢/١٠٤٢ مدنى .

(ب) تحديد الدين المضمون :

يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين (١) .

يجب أن يكون الدين المضمون معيناً أو قابلاً للتعيين . فإذا لم يكن الدين محدداً ، فإن الرهن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقًا ، ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، كالمدين والدائن وخلفهما العام أو الخاص، والدائنون المتأخرون فى المرتبة . فلا يجوز عقد رهن حيازة لضمان ديون غير معلومة المقدار وغير محددة المصدر .

فيجب تحديد مصدر الدين كالعقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون ، وينبغى ذكر مقدار الدين أو بيان الحد الأقصى له . ويشمل الدين المضمون بالرهن كل من أصل الحق ، والمصروفات الضرورية التى ينفقها الدائن فى المحافظة على الشئ . والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشئ ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء ، والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى ، هذا بالاضافة إلى الفوائد المستحقة (٢) .

ويمكن أن يكون الدين المضمون بالرهن معلقًا على شرط واقف أو فاسخ، وهنا يتوقف مصير الرهن على مصير الالتزام المضمون . ويمكن أن يقوم الرهن لضمان دين احتمالى ، كضمان اعتماد يفتحه المصرف لعميله ، فيكون الرهن ضماناً لما يسحبه العميل من هذا الاعتماد ، ويلزم لصحة الرهن تحديد الدين أو الحد الأقصى الذى يمكن أن يصل إليه .

---

(١) م ١٠٤٠ مدنى .

(٢) م ١١١١ مدنى .

ويستثنى من ذلك الرهن التجارى حيث لا يشترط تحديد المضمون فيه ، فهو يكون صحيحًا ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى تستحق للدائن فى ذمة المدين بغير تحديد لها . وتطبيقاً لذلك قضى بأن النص فى عقد الرهن التجارى الذى يرهن بموجبه العميل إلى المصرف أوراقًا تجارية معينة ومظهره منه تأميناً لكل ما عسى أن ينشأ فى ذمته من ديون لذلك المصرف يقع صحيحًا . ويقصد بذلك الاستثناء تشجيع الائتمان وتسهيل التعامل مع المصارف .

(جـ) عدم تجزئة الرهن :

يعتبر كل جزء من المال المرهون ضامناً لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بهذا المال ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ بكل الدين على المال المرهون ، ولا ينتهى الرهن إلا بعد سداد كل الدين ، وأن كل جزء من الدين مضمون بكل الشئ المرهون ، فإذا تم الوفاء بجزء من الدين فإن الباقى يظل مضموناً بكل المال المرهون. ويستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع المال المرهون لينفذ عليه سداداً لكل الدين أو لأى جزء منه .

المبحث الثالث

المال المرهون

نعرض فى البداية للأموال التى يجوز رهنها ، ثم نبين شروط المال المرهون.

المطلب الأول

الأموال التى يجوز رهنها

يرد الرهن الحيازى على المنقولات والعقارات ، والمنقولات قد تكون مادية وقد تكون معنوية .

(أ) المنقولات المادية :

فالمنقولات المادية يمكن أن تكون محلاً للرهن الحيازى لأنها كقاعدة عامة تقبل الحيازة ويجوز التعامل فيها . ذلك أنه يشترط فى المال المرهون رهناً حيازياً أن يكون مما يجوز بيعه ، وحيازته . فلا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول وعقار (1) .

فالنص يشترط فى المال المرهون أن يكون مما يصح بيعه لأن المقصود من الرهن ضمان الوفاء بالحق باستيفائه من ثمن المرهون بعد بيعه عند تعذر استيفائه من الراهن ، ويتحقق ذلك فى كل عين يصح بيعها .

والأصل العام هو جواز رهن المنقولات المادية جميعها ، كالأثاث والبضائع والمجوهرات والمفروشات والحلى والمركبات والدواب . ويستوى أن تكون هذه المنقولالت قيمية معينة بذاتها أو مثلية بعد افرازها كالغلال والقطن .

وتعتبر السندات من قبيل المنقولات المادية التى يجوز رهنها ، فإذا كان السند رسمياً، فإن الرهن يتم بقيده فى دفاتر الجهة التى أصدرته ، وإن كان اذنيًا أو لأمر ، فإن رهنه يتم عن طريق التظهير التأمينى . وهو تظهير تام يتضمن بيانات التظهير الناقل للملكية ، مع اضافة بيان أن القيمة للرهن أو على سبيل الضمان . وإن كان السند لحامله يأخذ حكم المنقول المادى ، ويتم رهنه رهناً تجارياً بتسليمه إلى الدائن المرتهن دون حاجة إلى أى اجراء آخر . أما السندات غير القابلة للتحويل فلا يجوز رهنها .

« ويجوز رهن النقود رهناً حيازياً ، وهذا ما يسمى عادة بالكفالة النقدية أو التأمين النقدى ، وهو فى الحقيقة رهن حيازى لا كفالة مع ذلك ، ومثاله ما يقدمه المستأجر للمؤجر تأميناً لوفائه بالتزاماته الناشئة من عقد الايجار ، وما يدفعه المشترك فى المياه أو الكهرباء أو التليفون على سبيل التأمين ، وما يقدمه مقاولوا الأشغال العامة من تأمين لجهة الادارة ضماناً لقيامهم بتنفيذ عقد

---

(1) م١٠٩٧ مدنى .

المقاولة . على أن هذا النوع من الرهن الحيازى يختلف عن الرهن الحيازى العادى من ناحيتين : الأولى أن هذا الرهن ينقل ملكية الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن ، ويلتزم هذا برد مثله عند انقضاء الرهن . فإذا استحق الدين المضمون ولم يقم المدين بوفائه لا يباع المرهون ، وإنما يكون للمرتهن الحق فى أن يقتضى حقه خصماً من المبلغ المسلم إليه ، ولذلك يسمى هذا الرهن بالرهن الناقص تشبيهاً له بالوديعة الناقصة حيث يتملك المودع لديه الوديعة ويلتزم بأن يرد مثلها ، ومن ناحية ثانية ليس للدائن المرتهن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل ولا يلتزم باستثماره كالأشياء المادية الأخرى » .

(ب) رهن المنقولات المعنوية :

ويجوز رهن المنقولات المعنوية التى تقبل البيع بالمزاد ، كبراءات الاختراع والأسماء التجارية ، والعلامات التجارية ، وحصة الشريك ، والديون ، وبوليصة التأمين على الحياة بما لها من قيمة تتمثل فيما لها من احتياطى حسابى يزداد مقداره مع تقدم مدة التأمين ، ويخضع رهن البوليصة لقواعد رهن الديون بصفة عامة . ويتم رهن المنقولات المعنوية بصفة عامة بتسليم السندات المثلة للحق الثابت فيها من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن .

(جـ) ملحقات المال المرهون :

الأصل أن يتم الاتفاق على حصر دقيق لمشتملات الشئ المرهون ، وفى حالة عدم وجود اتفاق ، فإن الرهن يرد على الشئ وكل ما يعتبر من ملحقاته وتوابعه وفقاً للمعروف والمتداول فى التعامل .

فرهن العقار يشمل ما يتبعه من حقوق الارتفاق كالمطل والمرور والشرب والمسيل ، سواء وجدت هذه الحقوق قبل الرهن أو بعد ابرامه، ومن المقرر أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع (١) حيث يشمل التسليم ملحقات الشئ ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد

---

(١) م ١٠٩٩ مدنى .

المتعاقدين [1] . ويدخل فى ذلك الملحقات التى تعتبر عقاراً بالتخصيص كالآلات الزراعية والمواشى التى تستخدم فى الأرض ، والتحسينات والانشاءات التى تعود منفعتها على المالك . وكذلك كل ما يلزم لاستعمال الشئ واستغلاله ، كأدوات وقطع غيار الآلات التى يجرى العرف على الحاقها بها .

ويدخل فى الرهن كذلك التحسينات والانشاءات التى تطرأ على العين المرهونة سواء بفعل الطبيعة كالطمى الذى يتراكم بالأرض ، أو بفعل المالك ، كتجديد البناء أو شق قناة بالأرض .

المطلب الثانى
شروط المال المرهون

يشترط فى المال المرهون أن يكون معيناً ، ويجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون موجوداً وقت الرهن ، ومملوكًا للراهن . ونعرض للشروط العامة ، ثم نبين ملكية الراهن للشئ المرهون . ورهن المال الشائع .

الفرع الأول
الشروط العامة للمال المرهون

(أ) تعيين المال المرهون :

يجب أن يكون الشيء المرهون معيناً أو قابلاً للتعيين طبقًا للقواعد العامة فى العقد التى توجب أن يكون محل العقد معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره أو ما يستطاع به تعيين ذلك .

ويتطلب المشرع وجوب تخصيص العقار المرهون رهنًا رسميًا من خلال

---

(1) م ٤٣٢ مدنى .

تعيينه تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، ويعتبر شرط التخصيص من الشروط الشكلية فى عقد الرهن الرسمى الذى يؤدى تخلفها إلى بطلانه [(١)] .

هذا الشرط غير ضرورى بالنسبة للرهن الحيازى الذى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة من وجوب تعيين المحل أو قابليته للتعيين دون لزوم التخصيص، ذلك أن تخلى الراهن عن حيازة الشئ المرهون وتسليمه إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يقتضى بالضرورة تعيينه مما يغنى عن ضرورة التخصيص فى العقد ذاته .

(ب) قابلية المال المرهون للتعامل فيه وبيعه :

لا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول وعقار [(٢)] . وعلى ذلك لا يجوز رهن الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها كالأموال العامة والوقف ، ولا يجوز رهن الأشياء التى لا تباع استقلالاً كالارتفاق ، والحقوق التى لا يجوز التصرف فيها لارتباطها بشخص صاحبها كحق الاستعمال وحق السكنى . ولا يجوز رهن الحقوق العينية التبعية كالرهن والاختصاص والامتياز استقلالاً عن الالتزام الذى تضمن الوفاء به حيث لا يمكن بيعها مستقلة عنه .

فالحكمة من الرهن كوسيلة لضمان استيفاء الدين توجب أن يكون المال المرهون يمكن بيعه ، عند عدم الوفاء بالدين ، لحصول الدائن على حقه من حصيلة البيع .

(جـ) وجود المال المرهون :

يجب أن يكون المال المرهون رهناً حيازياً موجوداً ، ولا يجوز رهن الأشياء القابلة للوجود . ويقع باطلاً رهن المال المستقبل ، لأن الشئ المرهون ينبغى أن يكون موجوداً بالفعل . والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق .

---

(١) م ١٠٣٥ مدنى .

(٢) م ١٠٣٥ مدنى .

وبطلان رهن الشيء المستقبل يعد خروجًا على القواعد العامة التى تجيز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً . ويستند البطلان إلى نص المشرع عليه صراحة بأنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل (١) .

ولكن يجوز الوعد برهن المال المستقبل ، حيث يجوز للراهن أن يعد الدائن المرتهن بأن يبرم معه رهنا حيازياً على المال الذى سيكسب ملكيته . ويقوم الرهن بمجرد كسب الملكية وابداء الدائن رغبته فى ذلك خلال مدة معينة .

الفرع الثانى
ملكية الراهن للمال المرهون

يجب أن يكون الراهن مالكاً للمال المرهون . والراهن يمكن أن يكون المدين ، أو الكفيل العينى ، لذا لا يمكن أن يقوم الرهن إلا إذا كان الشئ المرهون مملوكاً للمدين أو الكفيل العينى . ويعد ذلك تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بعدم جواز التصرف فى ملك الغير ، ومن ثم لا يستطيع الشخص أن يرهن مالاً مملوكاً لغيره .

(أ) رهن ملك الغير :

يأخذ رهن ملك الغير نفس حكم بيع ملك الغير ، حيث يقضى المشرع بأنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحًا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . وهذا النص ورد بشأن الرهن الرسمى ، إلا أن حكمه واجب التطبيق على الرهن الحيازى لاحالة المشرع إلى هذا الحكم صراحة (٢) .

---

(١) فى المادة ١٠٩٨ التى تحيل إلى المادة ١٠٢٣ مدنى .

(٢) م ١٠٣٣ ، ١٠٩٨ مدنى .

وحد المشرع الحكم بين رهن ملك الغير وبيع ملك الغير حيث يكون التصرف فى الحالتين باطلاً بطلاناً نسبياً ، وذلك لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع ، ويمكن أن يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (الدائن المرتهن) ، ويجيزه كذلك اقرار المالك الحقيقى للمال ، أو انتقال الملكية منه إلى الراهن . ولا يعتبر الرهن نافذاً فى مواجهة المالك الحقيقى إلا باقراره . ولا يشترط أن يصدر هذا الاقرار فى شكل معين ، بل يمكن التعبير عنه بأى صورة تقطع فى الاعراب عن نية المالك .

(ب) رهن المالك التى زالت ملكيته بأثر رجعى :

من المقرر أن زوال ملكية الراهن للشئ المرهون بعد نشوء حق الرهن ، لا يؤثر على حقوق الدائن المرتهن ، الذى تكون له ، بموجب عقد الرهن ، سلطة مباشرة على الشئ المرهون حيث يستطيع أن يستوفى حقه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنين ، وله أن يتتبع هذا الشئ فى يد من انتقلت إليه ملكيته .

ولكن التساؤل يثور عن حالة زوال ملكية الراهن للشئ المرهون بأثر رجعى. يجيب المشرع بأنه يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن .

يقرر النص حكمًا استثنائيًا ، خروجًا على القاعدة العامة التى تقضى بزوال التصرف بأثر رجعى ، لحماية الدائن المرتهن ، فالرهن يظل صحيحًا وتثبت للدائن المرتهن كافة الحقوق الناشئة عنه رغم زوال ملكية الراهن بأثر رجعى . ويشترط لتطبيق ذلك الحكم أن يكون الرهن قد صدر من مالك أى أن يكون الراهن مالكاً للشئ المرهون وقت ابرام الرهن ، وأن يزول سند ملكية الراهن بأثر رجعى بعد قيد الرهن ، ويجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية لا يعلم بسبب زوال سند الملكية عند انشاء الرهن .

---

(١) السنهورى ص ٧٦٨.

وبالرغم من أن هذا الحكم قد ورد بصدد الرهن الرسمى ، إلا أن الرأى الغالب فى الفقه يرى « اسباغ هذه الحماية على المرتهن رهن حيازة بطريق القياس لاتحاد العلة فى الرهنين بدرجة يستبعد معها أن يكون المشرع أراد قصر الحماية على المرتهن رهناً رسميًا دون المرتهن رهناً حيازياً ، مع الأخذ فى الاعتبار أنه لن يحتاج إليها إلا إذا كان حقه قد نشأ على عقار ، أما إذا كان قد ارتهن منقولاً ، فإن قواعد الحيازة تكفيه » .

ويضيف البعض الآخر أن ذلك الحكم يعد تطبيقًا لمبادئ قانون الشهر العقارى التى تقضى بحماية كل من يتلقى بحسن نية حقاً عينياً على العقار ، وقام بشهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى التى أدت إلى الحكم بزوال الملكية . وينطبق ذلك على المشترى أو المرتهن رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً .

(جـ) الرهن الصادر من المالك تحت شرط :

إذا كانت ملكية الراهن ، للشئ الذى يرهنه ، معلقة على شرط واقف أو فاسخ ، فإن مصير الرهن يرتبط بمصير الشرط فى الحالين. فإن كانت الملكية معلقة على شرط واقف وتحقق الشرط ، فإن ملكية الراهن تتأكد بأثر رجعى ، ويتأكد معها الرهن ، بعد أن كانت احتمالية وغير مؤكدة ، وإذا لم يتحقق الشرط اعتبر أنه لم يكن مالكاً أبداً وكان الرهن الصادر منه رهناً لملك الغير وسرت عليه أحكامه .

وإذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ ، فإن الرهن يكون صحيح ونافذ ، إلا أن مصيره يرتبط بالشرط . فإذا تخلف الشرط ، استقر الرهن نهائياً وزال ما كان يتهدده . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية الراهن تزول بأثر رجعى ، ويعتبر الرهن وكأنه صادر من غير مالك ، ولا ينفذ فى مواجهة المالك الذى عاد إليه المال .

إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء فى حالة حسن نية الدائن المرتهن ، الذى لم يكن يعلم ، أثناء انعقاد الرهن ، أن ملكية الراهن معلقة على شرط ، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك ، كما سبق وعرضنا بمناسبة زوال سند الملكية بأثر رجعى .

ويتأكد هذا الاستثناء ويبدو أكثر وضوحًا إذا كان المرهون منقولاً ، حيث تطبق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، ويترتب على ذلك إنه إذا حاز الدائن المنقول المرهون بحسن نية ، أى دون أن يعلم بأن ملكية الراهن معلقة على شرط ، فإن زوال الملكية بأثر رجعى نتيجة أعمال الشرط ، لن يؤثر على حق الدائن المرتهن ما دام يحوز المنقول بحسن نية .

(د) رهن المنقول المملوك للغير :

القاعدة أن رهن المال المملوك للغير لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى إلا إذا أقره ، ولكن هذا الحكم مقيد بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

فمن المقرر أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقًا عينيًا على منقول أو سندًا لحامله ، فإنه يصبح مالكًا إذا كان حسن النية وقت حيازته ، والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

و « إن الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقًا لتاريخ الرهن » [(١)] .

وبناء على ذلك إذا تم رهن المنقول من شخص غير مالكه ، فإن الدائن المرتهن الحائز للمنقول بحسن نية يستطيع أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك الحقيقى ، أى أن الرهن يظل قائمًا منتجًا لآثاره القانونية استنادًا إلى قاعدة الحيازة ، وليس العقد لأنه صدر من غير المالك . وللدائن أن يحبس المنقول المرهون عن مالكه حتى يستوفى دينه كاملاً وذلك بالتقدم على باقى الدائنين .

---

(١) م ٩٧٦ ، ١١١٨ مدنى .

ولكن هذا الحكم لا يسرى فى حالة سرقة المنقول أو ضياعه ، حيث يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

أما إذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه (١) .

(هـ) الرهن الصادر من المالك الظاهر:

يمكن أن يقوم برهن المال شخص غير مالك إلا أنه يظهر بمظهر المالك ، هنا يعتد القانون بهذا الرهن ويرتب عليه آثاره حماية للدائن المرتهن حسن النية الذى استند إلى الوضع الظاهر ، وذلك حرصًا على استقرار المعاملات . ويتحقق ذلك فى حالتين : الوارث الظاهر ، المالك بسند صورى .

بالنسبة للوارث الظاهر ، هو الشخص الذى ينظر إليه الناس عامة على أنه هو الوارث ، إلا أنه فى الحقيقة ليس كذلك . كمن تؤول إليه التركة ثم يظهر من بين الورثة شخص آخر يحجبه ويستحق التركة بدلاً منه .

وعلى ذلك فإن الرهن الصادر من الوارث الظاهر يأخذ حكم الرهن الصادر من المالك الحقيقى طالما كان الدائن المرتهن حسن النية ، ومن ثم فإن ملكية المال المرهون تعود إلى المالك الأصلى محملة بالرهن .

ويستطيع الدائن المرتهن حسن النية أن يتمسك كذلك بالعقد الظاهر ، إذا كان سند ملكية الراهن صورياً ، حتى يحتج بالرهن قِبل المالك الحقيقى . ويعد ذلك الحكم تطبيقًا للمبدأ الذى يقرر بأنه إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » (٢) .

---

(١) م ٩٧٧ مدنى .

(٢) م ٢٤٤ مدنى .

(و) رهن الأبنية المقامة على أرض الغير:

الأصل أن كل ما على الأرض من مبان يكون ملكاً لصاحبها ، فمن المقرر أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وأنه أقامه على نفقته فيكون مملوكاً له ، ما لم يثبت غير ذلك بالدليل الشرعي .

إلا أنه يجوز أن تكون الأرض مملوكة لشخص ، ويكون البناء المقام عليها مملوكاً لشخص آخر . فإذا ملك صاحب الأرض غيره بناء أو غراساً أو منشآت أخرى قائمة في الأرض ، دون الأرض ، فإن الغير يتملكها وتبقى الأرض ملكاً لصاحبها .

وإذا أقام شخص بناء على أرض مملوكة للغير ، فإن هذه المباني تؤول ملكيتها إلى صاحب الأرض مع تعويض الباني بحسب ما إذا كان حسن أو سيئ النية . ولكن قد يوجد اتفاق بين صاحب الأرض والباني يخول الأخير حق في اقامة البناء وتملكه لمدة معينة ، وقد يتصرف المالك في البناء وحده دون الأرض . في هذه الحالات تنفصل ملكية البناء عن ملكية الأرض . ويجوز لمالك البناء رهنه ، فما حكم الرهن في هذه الحالة ؟

« يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (١) .

يتضح من ذلك النص أن ملكية الراهن للمباني ذات طبيعة مؤقتة ، ومن ثم فإن حقوق الدائن المرتهن تتحدد في ضوء هذا التأقيت :

فالرهن ينتج أثره في خلال المدة التي يكون فيها البناء مملوكاً للباني ، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، خلال هذه المدة ، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على البناء ويقتضي حقه من ثمنه .

---

(١) م ١٠٣٨ مدني .

أما إذا آلت ملكية المبانى إلى مالك الأرض قبل حلول أجل الدين ، فإن الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتتبع البناء فى يد مالك الأرض لأن حقه فى الرهن يكون قد انقضى لتعلقه بملكية مؤقتة ، وينتقل حقه بعد ذلك إلى ما يستحقه الراهن لدى مالك الأرض من تعويض عن المبانى قائمة أو من ثمن الأنقاض .

الفرع الثالث
رهن المالك على الشيوع

لم يورد المشرع نصًا لتنظيم هذه المسألة بصدد الرهن الحيازى ، لذا يذهب الفقه إلى تطبيق القواعد العامة مستنداً فى ذلك إلى الحكم الخاص بالرهن الرسمى ، وحكم التصرف فى المال الشائع [1] .

(أ) الرهن الصادر من جميع الشركاء :

لا شك أن الرهن يكون صحيحًا ونافذاً فى مواجهة جميع الشركاء وخلفهم ما دام الشيوع قائمًا ، إلا أن التساؤل يثور حول مصير الرهن فى حالة قسمة المال المرهون ؟

يذهب البعض إلى وجوب اعمال حكم القواعد العامة فى التصرف فى المال الشائع والتى تقضى بأن كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكًا تامًا وبأثر رجعى ، ويترتب على ذلك عدم نفاذ الرهن الصادر من الشركاء فى حق الشريك الذى آل إليه كل المال المرهون ، إلا فى حدود حصته فقط ، ولا ينفذ فيما جاوزها لأن مؤدى الأثر الرجعى للقسمة إن الشركاء الآخرين لم يكونوا يتملكون ، وقت ابرام الرهن ، فى الشئ المرهون ، وأن رهنهم لذلك رهن لملك الغير ، ولا يسرى إلا برضاء من آل إليه ملك المال الشائع . أما إذا

---

(١) م ١٠٣٩ ، ٨٢٦ مدنى .

أفرزت الأنصبة ، واختص كل شريك بنصيب ، فإن كل منهم يظل متحملاً للرهن فى حدود نصيبه .

ويذهب الرأى الراجح إلى اعمال الحكم القاضى بأنه يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته [1] . ومن ثم فإن العين المرهونة تظل محملة بالرهن كاملاً ، أياً كانت نتيجة القسمة ، لأن الرهن قد اشترك فى انشائه جميع الشركاء .

(ب) الرهن الصادر من أحد الشركاء :

١- يجوز للشريك أن يرهن حصته على الشيوع ، لأنه يملك حصته ملكاً تاماً ويحق له أن يجرى عليها كافة التصرفات . إلا أن التساؤل يثور حول امكانية حيازة الحصة الشائعة ؟ يمكن تحقيق ذلك بالاتفاق بين الدائن المرتهن وسائر الشركاء إما على تسليم المال إلى أحدهم ليحوز الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن أى بصفته عدلاً ، وإما على تسليم المال إلى المرتهن ، فيحوزه بصفته مرتهناً فيما يتعلق بحصته ، وباعتباره وكيلاً عن باقى الشركاء الآخرين بالنسبة لحصصهم .

فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين بالسداد ، فإن الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على الحصة المرهونة وبيعها على الشيوع لاستيفاء حقه من ثمنها ، وهنا يحل المشترى لها ، إن كان من غير الشركاء، محل الشريك الراهن ، ويصبح شريكاً على الشيوع فى المال الشائع .

وقد تتم القسمة قبل أن ينفذ الدائن بدينه ، فإذا آل إلى الراهن جزء مفرز من المال المرهون ، تركز الرهن فى ذلك الجزء . وإذا آل إليه كل المال نتيجة قسمة التصفية ، اقتصر الرهن على الحصة الشائعة لا يتجاوزها إلى بقية المال . وإذا وقع فى نصيب الراهن أعيان غير التى رهنها ، ينتقل الرهن بمرتبته إلى

---

(١) م ١٠٣٩ مدنى .

قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المال الذى كان مرهونًا فى الأصل . وإذا كانت نتيجة القسمة حصول الراهن على مبلغ من النقود نظيرحصته المرهونة فإن الدائن يستوفى حقه بالتقدم من هذا المبلغ إذا كان أجله قد حل ، فإن لم يكن حقه حالاً ، انتقل الرهن إلى ذلك المبلغ تطبيقًا لمبدأ الحلول العينى ، ويمكن للدائن طلب حجزه أو ايداعه حتى يحل أجل الدين .

٢- وإذا قام الشريك برهن حصته مفرزة ، فإن الرهن يكون صحيحًا ، إلا أن مصيره منوط بنتيجة القسمة ، فإذا وقع الجزء المرهون فى نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يستقر نهائيًا على هذا الجزء ، أما إذا لم يقع هذا الجزء فى نصيبه ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الجزء الذى آل إلى الراهن بطريق القسمة (مبدأ الحلول العينى) . ونفس الحكم إذا آل إليه مبلغ من النقود كما عرضنا حالاً . وقبل القسمة لا يكون الرهن نافذًا فى مواجهة باقى الشركاء ما لم يصدر منهم اقرار له . ويحق للدائن المرتهن طلب ابطاله على أساس الغلط إذا كان يجهل أن الراهن يمتلك الحصة على الشيوع .

الفصل الثانى

آثار الرهن الحيازى

يرتب الرهن الحيازى آثاراً بين طرفيه ، وآثاراً فى مواجهة الغير ، نعرض لها على التوالى .

المبحث الأول

آثار الرهن الحيازى بين المتعاقدين

يولد عقد الرهن ، بوصفه عقد ملزم للجانبين التزامات وحقوق متبادلة على عاتق كل من الراهن والمرتهن نعرض لها على التوالى .

المطلب الأول

التزامات الراهن وحقوقه

الفرع الأول

التزامات الراهن

يلتزم الراهن بانشاء حق الرهن ، وبضمان سلامة الرهن ونفاذه ، وضمان هلاك المرهون أو تلفه ، وهو يلتزم كذلك بتسليم الشئ المرهون .

(أ) التزام الراهن بترتيب حق الرهن :

ينشأ الحق فى الرهن للدائن المرتهن بمجرد ابرام عقد الرهن ، وذلك متى كان الشئ المـــرهون مملوكاً للراهـــن ، ومعيناً بالذات . أمـــا إذا كان المرهون ، من الأشياء المعينة بالنوع ، فإن الراهن ، تنفيذاً لالتزامه باعطاء الرهن ، يلتزم بافرازه ، وإذا كان الراهن لا يملك الشئ المرهون ، فإنه يلتزم بالحصول على اقرار المالك الحقيقى حتى ينشأ الرهن ، ويظل ملتزماً بايجاد حق الرهن ، وإلا

اعتبر مخلاً بالتزامه الناتج عن العقد ويحق للدائن أن يطالبه بالتعويض وأن يطلب سقوط أجل الدين .

ونشوء الحق فى الرهن وتنفيذ الراهن لالتزامه فى هذا الصدد أمر يختلف عن اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذه فى حق الغير . فالدائن المرتهن يستطيع التنفيذ بحقه على الشئ المرهون ، ولو لم يكن الرهن نافذاً على الغير طالما لا يوجد دائنون آخرون للراهن يزاحمون الدائن فى قيمة الشئ المرهون . وعلى ذلك فإن الحق فى الرهن ينشأ بمجرد الاتفاق بين الأطراف ، أما اجراءات نفاذه فى مواجهة الغير فهى أمر مستقل . مثال ذلك رهن الدين الذى يتم بمجرد الاتفاق بين الراهن (المحيل) والمرتهن (المحال إليه) ، لكنه لا ينفذ فى حق المدين إلا بقبوله أو اعلانه به .

(ب) التزام الراهن بتسليم الشئ المرهون :

يرتب عقد الرهن على عاتق الراهن التزامًا بتسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان . والتسليم يعد التزامًا لا ركناً فى العقد ، وقبل التسليم يتم الرهن ، ويترتب الحق العينى ، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع ، لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم .

وتكمن أهمية التسليم فى أنه يمكن الدائن من حبس العين المرهونة لحين استيفاء حقه ، ويستطيع أن يحافظ على العين ويستغلها ويحبس غلتها حتى يستوفى حقه ، وتبدو أهمية التسليم كذلك فى أنه يمكن الدائن من حيازة العين، وهى شرط لنفاذ الرهن فى حق الغير ، حيث يترتب على انتقال الحيازة اعلان الغير بوجود الرهن .

والأصل أن يتم التسليم إلى الدائن المرتهن ، إلا أنه يجوز اتفاق الراهن والمرتهن على أن يتسلم المرهون شخص أجنبى يسمى عدلاً يقوم بالاحتفاظ بالشئ نيابة عن المرتهن . ويجب بداهة قبول العدل لمهمته .

ومن المقــرر أنه : على الراهن تسليم الشئ المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه . ويسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع (١) .

ومعنى ذلك أنه تُتبع فى تسليم العين المرهونة الأحكام التى تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وما إلى ذلك . والأصل أن يتم التسليم حقيقة أى ماديًا ، وقد يكون التسليم رمزيًا كتسليم مفتاح المخزن الموجودة به المنقولات المرهونة .

وبصفة عامة يمكن القول بأن التسليم يتم بالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشئ المرهون ، فمـثـلاً يتم تسليم الديون عن طريق تسليم سنداتهـا. ويرد التسليم على الشئ المرهون وملحقاته وتوابعه طبقًا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

والأصل أن يتم التسليم فور ابرام عقد الرهن أو بعد ذلك بقليل ، ويكون ذلك فى المكان المتفق عليه وإلا فى مكان وجود الشئ المرهون وقت انشاء الرهن .

وإذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم ، جاز للمرتهن طبقًا للقواعد العامة أن يجبره على تنفيذ التزامه عينًا إذا كان ذلك ممكنًا ، فيتسلم المرهون رغمًا عن الراهن (٢) ، وإذا تعـذر ذلك أمكن فـسخ الرهن مع التـعـويض إن كـان له

---

(١) م ١٠٩٩ مدنى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه : فى عقد الرهن الحيازى إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا أبقى المرهون باختيار المرتهن فى حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضًا . فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فقضاؤها بذلك سليم ، ولارقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبته بشأن مسألة وضع اليد . أما إذا ثبت أن عـدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصبًا فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحًا ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس . نقض ١٩٣٤/٥/٣١ طعن رقم ٣س ٤ق.

مقتضى . ويمكن أن يترتب على الفسخ سقوط أجل الدين المضمون لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمين .

(جـ) التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (١) .

ليس للراهن مثلاً أن يخرب العين قبل تسليمها ، أو يعطى عليها للغير حقًا عينيًا نافذًا فى حق الدائن المرتهن. وعليه أن يمتنع عن القيام بكل عمل مادى يحول بين الدائن وبين ادارة المال المرهون واستغلاله ، وليس له أن يسلب المرتهن حيازته .

ويلتزم الراهن بالامتناع عن التعرض القانونى الذى يؤثر فى حقوق الراهن، فلا يجوز له أن يتصرف فى المال المرهون إلى الغير تصرفًا يضر بالدائن أو يتعارض مع حقوقه . ويكون الراهن ملتزمًا كذلك بدفع التعرض القانونى الصادر من الغير، كما لو ادعى شخص بحق على العين المرهونة من شأنه المساس بحق الدائن المرتهن .

وللدائن فى حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون ، كما لو كان المرهون مضمونًا برهن ، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ، ويرجع بالمصاريف على الراهن ، وهذا يرجع بها على من رهن له .

ويلتزم الراهن بصفة عامة بأن يدفع للمرتهن المصروفات الضرورية التى ينفقها فى سبيل المحافظة على المال المرهون ، وكذلك المصروفات النافعة فى حدود ما ينشأ عنها من زيادة فى قيمة هذا المال .

---

(١) م ١١٠١ مدنى .

وأخيراً فإن الراهن يلتزم بالقيام بكل ما يلزم لجعل الرهن نافذاً فى حق الغير ، كتقديم المستندات اللازمة لاجراء قيد الرهن إذا كان المرهون عقاراً ، أو اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذ حوالة الحق رهناً ، أو القيام باثبات رهن السند الاسمى فى دفاتر الشركة التى أصدرته .

وإذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، كما لو تلفت العين أو استحقت للغير ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ بمقابل عن طريق تقديم عين بديلة أو تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة العين المرهونة . وللدائن الحق فى طلب فسخ الرهن ، ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين ويصبح واجب الأداء حالاً .

(د) التزام الراهن بضمان هلاك المرهون وتلفه :

يضمن الراهن هلاك الشئ المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة [(١)] . ويحيل المشرع فى حكم هلاك المال المرهون إلى قواعد هلاك الشئ المرهون رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشئ المرهون إلى ما حل محله من حقوق [(٢)] . ويمكن اجمال هذه الأحكام فيما يلى :

١- إذا هلك المال المرهون أو تلف نتيجة خطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن بالخيار بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً .

٢- أما إذا حدث الهلاك أو التلف بسبب أجنبى ، فإن المدين يكون بالخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يقوم بالوفاء فوراً قبل حلول الأجل ، هذا ما لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين .

٣- فإذا طلب الدائن الوفاء بالدين حالاً ، ولم يكن الدين منتجاً لفوائد، فلا يكون له حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.

---

(١) م ١١٠٢ مدنى .

(٢) ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ مدنى .

٤- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر .

٥- وإذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

الفرع الثاني
حقوق الراهن

(أ) ملكية الراهن للمال المرهون :

يترتب على الرهن الحيازي تخلي الراهن عن حيازة العين المرهونة ، وسلطة ادارتها واستغلالها ، إلا أنه يحتفظ بسلطة التصرف حيث يظل محتفظاً بملكية العين ، ولكن هذه السلطة تنحصر في التصرفات القانونية التي لا تضر بحقوق الدائن المرتهن ، فللراهن الحق في نقل ملكية المرهون أو ترتيب حق عيني عليه طالما كان ذلك لا يتعارض مع حقوق الدائن عليه . وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات المادية ، حيث لا يجوز للراهن القيام بها إذا كان من شأنها الاضرار بالشيء المرهون والتأثير على حقوق الدائن .

ومن تطبيقات حق الراهن في التصرف في المال المرهون :

« يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر ايداع الثمن» .

« إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يُخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه

مقابل شئ آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق ، ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص له فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشئ إلى ثمنه » (١) .

(ب) حيازة المال المرهون :

يؤدى الرهن الحيازى إلى تخلى الراهن عن حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل ، وحيازة المرتهن تكون على سبيل الرهن أى حيازة لحق الرهن ، أما حيازة حق الملكية فتبقى للراهن ، وينوب المرتهن عنه فى هذه الحيازة . ويترتب على ذلك أن المرتهن يكون حائزاً قانونيًا لحق الرهن، وحائزاً عرضيًا بالنسبة لحق الملكية ، ويترتب على ذلك عدة نتائج هامة:

١- يتحمل الراهن تبعة هلاك المرهون بسبب أجنبى وغرمه عليه (٢) ، وله الحق فى فى غلته وثماره ، ولكن الدائن المرتهن يقوم بالادارة والاستغلال نيابة عنه ويحبس الغلة حتى يستوفى حقه .

٢- يلتزم المرتهن بتعويض الراهن ، بوصفه المالك ، عندما يسترد المال المرهون ، بعد سداد الدين ، عن النقص الذى لحق بقيمته . فإذا كان النقص بسبب انخفاض السعر أو بسبب الجفاف فلا ضمان ، وإن كان لغير ذلك فيضمنه المرتهن ، ولكن يتجاوز عن النقص اليسير ، وهو ما لا يزيد على

---

(١) م ١١٢٠ ، ١١١٩ مدنى .

(٢) الدائن المرتهن استئجاره من المدين الراهن حجرة بمصنع الأخير لحفظ البضاعة محل عقد الرهن المبرم بينهما ضماناً للوفاء بالقرض والنص فى عقد الايجار على عدم مسؤولية الدائن المرتهن عما يلحق البضاعة من سرقة أو تبديد أو تلف . توقيع المرتهن الحجز على تلك البضاعة مع بقائها بالعين المؤجرة لا ينقضى به التزام الراهن . علة ذلك . الحكم نهائياً ببراءة الراهن من تهمة سرقة تلك البضاعة لا تغير من انتفاء مسؤولية المرتهن. علة ذلك . نقض ١٩٨٨/١١/٧ طعن ٩٠٣ س ٥٢ق .

النصف ،.أما النقص الكبير وهو ما يجاوز النصف ، فالراهن بالخيار عندما يحق له استرداد المرهون ، بين أخذ العين مع التعويض عن النقص أو بأخذ قيمة المرهون سليماً غير منقوص(١) .

٣- ليس للمرتهن تملك المرهون بالتقادم مهما طالت مدة حيازته لأن يده عارضة ، فهو لا يحوز الشئ بنية تملكه .

٤- إذا كان الشئ المرهون عقاراً وكان الراهن غير مالك ، إلا أنه يضع يده عليه (حيازة قانونية) بنية التملك ، فإنه يكسب ملكيته بالتقادم متى توافرت شروطه .

٥- وإذا كان المرهون منقولاً تم رهنه من غير مالك ، إلا أن المرتهن حازه بحسن نية ، فإنه يستطيع أن يكتسب حق الرهن عليه تطبيقًا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

المطلب الثانى
التزامات المرتهن وحقوقه

الفرع الأول
التزامات المرتهن

يلتزم المرتهن بالمحافظة على الشئ امرهون ، واستثماره ، وادارته ، ورده إلى الراهن بعد استيفاء حقه .

(أ) الالتزام بحفظ المال المرهون وصيانته :

إذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسؤول عن هلاك الشئ أو تلفه ما

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٥٩٦ .

لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (١) .

فيجب على الدائن القيام بالمحافظة على الشئ وصيانته لابقائه على الحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه ، ويختلف مضمون الالتزام بحسب طبيعة الشئ المرهون ، فالبناء يحتاج إلى ترميمات معينة تختلف عن الآلات التى غالبًا ما تكون فى حاجة إلى صيانة وتغيير قطع غيار مناسبة . ويدخل فى أعمال الصيانة دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشئ . وإذا كان المرهون دينًا وجب على المرتهن أن يحول دون تقادمه بأن يقطع التقادم السارى ضد الدين ، وإذا كان له أن يقتضى شيئًا من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر باخطار الراهن بذلك (٢) .

وينفق المرتهن المصروفات اللازمة للمحافظة على المرهون وصيانته ، ثم يرجع بها على المستفيد الحقيقى منها ، الراهن أو المدين ، وغالبًا ما يكونا شخصًا واحدًا .

وطبقًا للقواعد العامة ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بادارته أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك (٣) .

وبناء على ذلك يلتزم الدائن المرتهن بأن يبذل فى حفظ وصيانة الشئ المرهون عناية الرجل المعتاد ، ويقدر القاضى ذلك بحسب الظروف . والمعيار هنا معيار موضوعى عام وليس معيارًا شخصيًا . ويعتبر المشرع أن مسؤولية المرتهن عن المحافظة على الشئ المرهون مسؤولية تعاقدية ، ومن ثم فهو

---

(١) م ١١٠٣ مدنى .

(٢) ١١٢٦ /٢ .

(٣) م ٢١١ مدنى .

مسؤول عن أى هلاك أو تلف أو خلل يحدث للشئ أثناء حيازته ، حيث يفترض أن ذلك راجع إلى تقصيره ، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، وبهذا فإن عبء الاثبات يقع على عاتق الدائن المرتهن وليس على الراهن .

وإذا كان الشئ المرهون مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر باخطار الراهن بذلك ، وفى هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشئ ، إذا قدم للدائن تأميناً آخر يراه القاضى كافياً . أى أنه مما يدخل فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشئ المرهون إلى اخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشئ من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة .

وإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه بحفظ الشئ وصيانته ، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الراهن عن كل ضرر يلحقه بسبب هذا الاخلال ، سواء تمثل ذلك فى نقص قيمة الشئ أو هلاكه أو فقدان ملكيته .

(ب) التزام المرتهن باستثمار الشئ المرهون :

« ١- ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل . ٢- وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٣- وما حصل عليه الدائن من صافى الريع وما استفاده من استعمال الشئ يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشئ وفى الاصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثممن أصل الدين [1] .

يعالج النص المذكور تنظيم استغلال المال المرهون على النحو التالى :

أولاً : وجوب استثمار الشئ المرهون بمقابل ، فليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل ، فلا يصح اشتراط المرتهن أن تكون غلة المرهون له، فإن شرط ذلك بطل الشرط وصح الرهن ، والحكمة من ذلك هى

---

(١) م ١١٠٤ مدنى .

منع الدائن من الحصول على فوائد ربوية فى صورة انتفاع بالشئ دون مقابل ، لذلك يقع باطلاً أى اتفاق يخالف ذلك .

ويجب أن يقوم المرتهن باستثمار الشئ المرهون ، إذا كان يقبل الاستثمار ، استثماراً كاملاً ، فالاستثمار يعد من عناصر الرهن وهو حق للمرتهن وواجب عليه أيضاً ، فإن ترك الشئ بدون استثمار أو قصر فى ذلك كان مسؤولاً عن تقصيره ، إلا أنه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك ، كأن يتفق الراهن والمرتهن على ترك المال بدون استثمار ، أو أن يتم الاتفاق بينهما على أن يستثمره الراهن بمعرفته .

ثانياً : كيفية الاستثمار ومعياره : يلتزم الدائن باستثمار الشئ المرهون الاستثمار الذى يصلح له ، وأن يبذل فى استثماره وادارته عناية الرجل المعتاد[1] ، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن ، ويبادر إلى اخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل .

ثالثاً : خصم ثمار الشئ : « يصبح المرتهن مديناً للراهن بغلة الشئ المرهون ، ويقصد بها المبالغ التى تتبقى من ثماره بعد خصم نفقات الاستغلال . وإذا كان الدائن المرتهن يستعمل الشئ المرهون بنفسه ، كما إذا سكن الدار المرهونة ، تعين تقدير قيمة الفائدة التى عادت عليه ، وللقاضى أن يستعين فى ذلك بأهل الخبرة » .

ويتم خصم مقابل الانتفاع وثمار الشئ المرهون من الدين المضمون بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ، وفى هذا خروج على القاعدة العامة فى

---

(١) وقضى بأنه متى كانت المحكمة إذ طبقت المادة ٥٤٥ من القانون المدنى القديم التى توجب على الدائن المرتهن أن يبذل فى سبيل استغلال العقار المرهون حسب ما هو قابل له ما يستطيع من مجهود ممكن لم تبين الأسباب التى اعتمدت عليها فى اعتبار الدائن مقصراً فى استغلال العين المرهونة مكتفية فى ذلك بايراد عبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى لم ندبت خبير لاجراء عملية الاستهلاك لا على أساس ما استولى عليه الدائن المرتهن فعلاً بل على أساس أجر المثل ، فإن حكمها قاصراً قصوراً يستوجب نقضه . (الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/١/٢٧) .

المقاصة التى تقضى بأن يكون الدينان مستحقى الأداء . ومن ثم فإن الريع يعتبر وسيلة من وسائل سداد الدين (١) .

ولكن المشرع يضع ترتيباً معيناً للأموال التى يتم خصمها قبل ذلك ، فيخصم **أولاً** : قيمة ما ينفق فى المحافظة على الشئ وفى الاصلاحات ، وتشمل مصروفات الحفظ والصيانة والضرائب والرسوم . **ثانياً** : المصروفات الأخرى ، كمصروفات العقد الذى أنشأ الدين من سمسرة وأتعاب وقيد وتجديد القيد إن وجد . **ثالثاً** : الفوائد التى تسرى على أصل الدين سواء كانت فوائد اتفاقية أو قانونية . **رابعاً** : سداد أصل الدين كله أو بعضه (٢) .

رابعاً : الاتفاق على جعل الثمار فى مقابل الفوائد : إذا كان الشئ المرهون ينتج ثماراً أو ايراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً فى حدود أقصى ما يسمح به

---

(١) المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن فى حقيقة الواقع المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها واجراء المقاصة بين هذا الدين المضمون وتوابعه . نقض ١٩٣٨/٢/١٧ طعن رقم ٦٤ س ٧ ق .

(٢) وقضى بأن الدائن المرتهن عليه أن يسعى فى استغلال العقار المرهون بحسب ما هو قابل له على أن تستنزل قيمة الغلة من الدين المؤمن بالرهن بحيث أنها تستنزل أولا من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين . ولما كان للدائن المرتهن فى سبيل استغلال العقار أن يستغله بنفسه أو يؤجره لغير المدين الراهن بالشروط الواردة فى القانون، ولما كان لا نزاع فى أنه إذا كان الإيجار لغير المدين لا يكون دين الأجرة المقتضى تحصيله من هذا الغير مضموناً بالرهن بل يكون استنزال قيمته من الدين على الوجه المتقدم واجباً ولو لم يحصله الدائن، فإنه إذا كان الايجار للمدين نفسه فلا وجه لأن يتغير الحكم . ولا يصح اعتبار دين الأجرة فوائد مستحقة عليه للدائن لأن الأجرة – على خلاف الفوائد – وهى من حق الراهن على الأساس المتقدم لا من حق المرتهن . فالقول بأنها من قبيل الفوائد التى يضمنها الرهن خطأ . ومتى كانت الأجرة لا تعد مضمونة بالرهن، باعتبارها فوائد عن الدين وكانت قيمة الغلة واجباً خصمها من الدين المضمون بالرهن وكان على الدائن المرتهن أن يقدم عنها حساباً بحث أنه لم يحصل قسمة الغلة أو أهمل فى تحصيلها فإنه يكون مسؤولاً عن نتائج تقصيره . (الطعن رقم ٥٤ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٣/٥/١٤ .

القانون من الفوائد الاتفاقية [1] .

يجيز النص الاتفاق على أن يحصل المرتهن على غلة الشئ المرهون فى مقابل فوائد الدين المضمون ، بشرط ألا يؤدى مثل هذا الاتفاق إلى حصول الدائن على فوائد ربوية أى تجاوز الحد الأقصى الجائز قانوناً (٧٪) ، أما إذا زادت غلة العين المرهونة على هذا الحد الأقصى ، فإن الاتفاق لا يجوز لتضمنه فوائد ربوية ، ويتم انقاص الفوائد إلى الحد الأقصى . وتكون الزيادة من حق الراهن يخصمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصل الدين .

وإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار ، فإن لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون اخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد .

ومعنى ذلك أنه كثيراً ما يسلم الراهن العين للدائن ، ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، فيجب تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار ، فإذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار . فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد القاضى أجلاً للحلول ، مراعيًا فى ذلك موارد المدين الحالة والمستقبلة ومقتضيا عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . ولا شك أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء ، فيسترد العين المرهونة .

خامساً : جزاء اخلال المرتهن بالتزامه بالاستثمار : فإذا أخل المرتهن بواجبه فى العناية باستثمار الشئ المرهون ، ولم يبذل فى ذلك عناية الرجل

---

(١) م ١١٠٥ مدنى .

المعتاد . كان مسؤولاً أمام الراهن عن تقصيره ، وللراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه .

سادسًا : صفة المرتهن فى استثمار المرهون : يذهب البعض إلى « أن المرتهن فى الرهن الحيازى يتمتع بسلطة من سلطات المالك الأساسية ، وهى استغلال المال . فادارة المال المرهون واستثماره تعتبر من عناصر الرهن ، وعلى هذا النحو نكون بصدد سلطة تدخل فى مضمون الحق العينى المقرر للدائن المرتهن ، وهو إذ يباشر هذه السلطة ، يكون أصيلاً عن نفسه ، لا نائبًا عن الراهن ، ذلك أن الرهن الحيازى تأمين عينى خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهن من حيازة المرهون ، ويفضى إلى تقرير حق عينى تبعى عليه . مضمون هذا الحق يتناول ، بين السلطات التى يخولها ، حق استثمار المال المرهون وخصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الاستثمار . وكأن الراهن إذ نقل إلى الدائن سلطة الاستغلال المتفرعة عن حق الملكية يتلقى عوضًا عنها ، ابراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الذى يستهلك من الغلة . ومن هنا يظهر لنا أن طبيعة هذا التصرف القانونى ، اقتضت من المشرع أن يجعل استغلال المال المرهون حقًا للدائن وواجبًا عليه . مظهر الحق فيه أنه يستأثر بالثمرات وحده فلا يشاركه فيها أحد ، ومناط الواجب أن هذا الاستثمار يقع بمقابل ، يتمثل فى خصم الدين وملحقاته . وهكذا يصل أصحاب هذا الرأى بالمرتهن إلى مركز يقرب من مركز المنتفع الذى يستمد حق استثمار المال من حق الانتفاع المقرر له عليه ، ولكن يوجد بين المرتهن حيازيًا وبين المنتفع ، بالنسبة إلى الاستثمار ، فرقان جوهريان : فالاستثمار مجرد حق للمنتفع ، بمعنى أن له أن يستثمر المال أو لا يستثمره ، ولكنه بالنسبة إلى المرتهن ، حق وواجب معًا ، بمعنى أن تركه المرهون بدون استثماره يشغل مسؤوليته قبل الراهن . والفرق الثانى هو أن المنتفع يأخذ الثمار لنفسه ، ولكن المرتهن ، وإن أخذ الثمار ، إلا أنه لا يأخذها بدون مقابل ، بل يخصم قيمتها من الالتزام المضمون » . ويتفق هذا الاتجاه مع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى حيث ورد فيها « والحق فى أخذ الغلة وخصمها هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائبًا عن

الراهن» [1].

« ويؤخذ على هذا الرأى التناقض من وجهين ، الأول فى اعتباره استغلال الشئ المرهون حقًا للمرتهن ، وفى نفس الوقت واجبًا عليه ، لأن الحق ، فى نظرية القانون ، نقيض الواجب . ولا يمكن ، فى الحقيقة ، أن يكون الاستغلال حقًا للمرتهن إلا إذا خول له الرهن الاحتفاظ بالغلة . والثانى فى اعتباره استغلال المرتهن للشئ المرهون عنصراً فى الرهن الحيازى ، بينما يجوز الاتفاق على ترك الشئ المرهون بغير استثمار ، فما كان يجوز هذا الاتفاق لو كان استثمار الشئ المرهون عنصراً فى الرهن الحيازى » .

ويذهب الرأى الغالب « إلى اعتبار المرتهن ، فى استغلاله الشئ المرهون ، وكيلاً عن الراهن ، أو نائبًا قانونيًا عنه ، لا أصيلاً عن نفسه ، فنصوص القانون صريحة فى الزام الدائن باستغلال المرهون ما لم يوافق الراهن على اعفائه منه ، كما أنها تقطع بأن الدائن لا ينتفع بالشئ دون مقابل وإنما لحساب الراهن ويجب أن يؤدى له حساباً عن الغلة ، وهذه الأحكام تتنافى مع امكان القول بأن الرهن يعطى للمرتهن الحق فى أن يستولى على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن . وذهبت محكمة النقض فى هذا الاتجاه حيث قضت بأن الدائن المرتهن رهن حيازة تعتبر قانوناً وكيلاً عن صاحب العين المرهونة فى ادارتها واستغلالها وقبض ريعها ، وعليه أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن ذلك [2] .

سابعًا : الاستثمار والخصم فى حالة رهن الديون : للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة على الدين المرهون والتى تحل بعد الرهن ،

---

(1) شمس الوكيل ، ص ٥٢٠ .

(٢) ولا يبدأ دين الموكل قبل الوكيل إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتقديم الحساب . نقض ١٩٥٠/١١/٢٣ طعن ٢١٤ س ١٨ق .

وقضت فى حكم آخر أن اعتراض الدائن المرتهن فى دعوى براءة الذمة بأن يده على العقار يد حارس وأن الخبير لم يقدر الريع على أساس ما حصله فعلاً بل قدره تقديراً يزيد عن المتحصل كما أنه لم يخصم الفوائد المتأخرة – عدم رد الحكم على هذه المطاعن يعتبر قصوراً . نقض ١٩٤٨/١٠/٢٨ طعن ٦٥ س١٧ق .

وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (١) .

وإذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم ايداعه . وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى انشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن .

وإذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه (٢) .

(جـ) التزام الدائن المرتهن بادارة الشئ المرهون :

يلتزم الدائن المرتهن بادارة الشئ المرهون ، ويديره الادارة المعتادة المألوفة ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشئ المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

ويستوفى الدائن المصروفات التى ينفقها فى ادارة الشئ المرهون ، فهذه كلها يستوفيها من غلة الشئ المرهون ، أو يستوفيها من الراهن .

وإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشئ ادارة سيئة أو ارتكب فى ذلك اهمالاً جسيماً ، كان للراهن أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة ، أى وضعه فى يد حارس يقوم بالعناية به العناية اللائقة ، إلى أن ينقضى الرهن. ويحق للراهن كذلك أن يسترد الشئ المرهون مقابل دفع ما عليه . وفى هذه

---

(١) م ١/١١٢٦ مدنى .

(٢) م ١١٢٨ ، ١١٢٩ مدنى .

الحالة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين الوفاء ويوم حلول الدين (١) .

(د) الالتزام برد الشئ المرهون :

يلتزم الدائن برد الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات (١) . ويجب رد الشيء المرهون كذلك فى حالة انقضاء الرهن ، ولو بقى الدين المضمون ، كما لو انقضى بفسخ الرهن أو بالنزول عن حق الرهن ، فالالتزام بالرد يقوم بمجرد انقضاء الرهن بصفة تبعية تبعًا لانقضاء الدين المضمون ، أو بصفة أصلية بالتنازل عنه مثلاً .

ويقابل الالتزام بالرد حق شخصى للراهن فى استرداد الشيء المرهون . وللراهن أن يطالب بحقه عن طريق الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الرهن تسمى دعوى الرهن ، وله أيضاً أن يستخدم دعوى الاستحقاق العينية على أساس ملكيته للشيء المرهون ، وهنا يتعين عليه اثبات ملكيته ، بخلاف الحال فى الدعوى الأولى التى يكفى فيها اثبات عقد الرهن .

ولا يكفى الوفاء الجزئى للدين للمطالبة برد الشيء المرهون ، فالدائن المرتهن يستطيع حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء كل حقه تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، بل أن الدائن يمكن أن يتمسك بحقه فى الحبس ، رغم انقضاء الرهن ، لحمل الراهن على الوفاء بالتزام يتعلق بالشيء المرهون ، اعمالاً للقواعد العامة فى حق الحبس ، كما لو كان قد أتفق على الشيء مصروفات نافعة .

ويلتزم المرتهن برد الشيء المرهون وملحقاته ، بالحالة التى كان عليها وقت التسليم ، والتزام المرتهن برد الشيء المرهون التزام بنتيجة ، فيكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه ، ما لم يثبت أن ذلك الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه .

---

(١) م ١١٠٦ مدنى .　　(٢) م ١١٠٧ مدنى .

الفرع الثانى
حقـوق المرتهـن

(أ) حق المرتهن فى التنفيذ على الشئ المرهون :

يرتب عـقـد الرهن للدائن المرتهن حق حـبس الشئ المرهون إلى حين استيفاء حقه ، هذا بالاضافة إلى الحق فى التنفيذ على هذا الشئ للحصول على ذلك الحق ، ويبـاشـر المرتهن ، فى سـبـيل ذلك ، اجـراءات التنفـيـذ استعمالاً لدعوى الرهن .

والدائن عندما ينفذ على الشئ المرهون ، فهو يستعمل الضمان الخاص المقـرر له بمقـتضى عقـد الرهن . أى باعتبـاره صـاحب تأمين عيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على المال المرهون وأن يستوفى من ثمنه حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة .

ويستطيع الدائن كذلك باعتبـاره صـاحب حق شـخصى التنفـيـذ على جميع أموال المدين استعمالاً لحقه فى الضمان العام ، إلا أنه فى هذا يتزاحم ويتساوى مع باقى الدائنين العاديين للمدين . أما إذا كان الراهن غير المدين ، فإن حق الدائن يقتصر على الشئ المرهون لأن مسؤولية الراهن ككفيل عينى تنحصر فى قيمة المال المرهون .

(ب) بطلان شرط تملك الشئ المرهون :

١- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفـاء الدين وقت حلول أجله فى أن يمتلك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفـاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

ورد ذلك الحكم بشـأن الرهن الرسـمى ، إلا أنه ينطبق على الرهن الحيازى كذلك لأن المشرع أحال صراحة إليه [1] .

---

(١) م ١٠٥٢ ، ١١٠٨ مدنى .
P. Le Cannu, le mantissement conventionnel, Bull. Jaly 1993, P. 1091

ويترتب على ذلك إنه ليس للدائن المرتهن حيازياً أن يتملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولا أن يبيع ذلك المال دون مراعاة للاجراءات المقررة ، ويبطل كل اتفاق يقضى بغير ذلك ، سواء ورد الاتفاق في عقد الرهن أو فى اتفاق لاحق .ويرد البطلان على ذلك الاتفاق لأنه يخالف النظام العام ، ولكن عقد الرهن يظل صحيحًا . إلا أن هذا الاتفاق يكون صحيحاً إذا أبرم بعد حلول الدين أو بعد حلول قسط منه .

والسبب في بطلان هذا الاتفاق هو حماية الراهن من استغلال الدائن لضعف مركزه بسبب احتياجه للنقود ، حيث يقرر الدائن ثمناً بخساً للشئ المرهون يتملكه به بمجرد حلول أجل الدين دون سداده ، معفيًا نفسه من اتباع الاجراءات التى يفرضها القانون لبيع المال المرهون والمقصود منها الحصول على أكبر قيمة ممكنه له . أما إذا تم الاتفاق بعد حلول الدين ، فإنه يكون صحيحاً لانتفاء مظنة استغلال الراهن .

(جـ) بطلان البيع الوفائى :

وهو بيع يتضمن شرطاً يحتفظ البائع بمقتضاه بحقه فى استرداد العين المبيعة مقابل رد الثمن والمصاريف المترتبة على البيع والاسترداد . ويخفى هذا البيع فى الحقيقة قرض برهن ، ذلك أن البائع فى حاجة إلى نقود فيبيع ملكه، إلا أنه يحتفظ لنفسه بحق استرداده إذا أعاد للمشترى الثمن والمصروفات فى أجل معين . ويتم النص ، غالباً ، على ثمن أكبر من الثمن الحقيقى المدفوع فعلاً ، وهكذا يخفى الاتفاق فوائد ربوية ، تتمثل فى الفرق بين الثمنين ، يضطر البائع إلى دفعها إذا رغب فى استرداد المبيع ، وإلا فقده . ويرم الأفراد هذا الاتفاق تهرباً من قاعدة عدم جواز تملك الدائن المرتهن للشئ المرهون عند عدم الوفاء [1].

ينطوى هذا البيع على قرض ربوى برهن ، لأن المشترى يكون فى منزلة المقرض ، والبائع فى منزلة المقترض ، والشئ المبيع بمثابة المال المرهون ، ولكن المقرض هنا يتمتع بضمانة أقوى لأن ملكية المال تنتقل إليه بمجرد البيع ،

---

(١) السنهورى ، ص ٨٣٨.

لهذا نص القانون على بطلان هذا النوع من البيوع بقوله : إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً [(١)] .

(د) حكم خاص برهن المنقول :

« ١- يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . ٢- ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشئ وفاء للدين على أن يحتسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء » [(٢)] .

يعتبر هذا النص خروجاً على القواعد العامة من ناحيتين :

أولاً : الأصل أن التنفيذ على الشئ المرهون يتم وفقًا للأوضاع والاجراءات المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية . ولكن المشرع خرج على هذا الأصل بالنسبة لرهن المنقول وأجاز للدائن بيعه لاستيفاء حقه منه عند حلول أجله وذلك دون اتباع الاجراءات المذكورة ، ولكن بشرط الحصول على ترخيص القاضى بذلك ، مع بيان الطريقة التى يتم بها البيع .

ثانيًا : الأصل هو بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء . ولكن النص أجاز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى تملكه المنقول المرهون ، دون حاجة إلى رضاء الراهن بذلك . ويتم تقدير المنقول بواسطة الخبير .

(هـ) بيع المرهون قبل حلول أجل الدين :

قرر القانون حكمًا استثنائيًا أملته الضرورة المتمثلة فى خشية الحابس للمرهون عليه من التلف أو الفساد ، سواء كان الحابس هو المرتهن أو عدل مختار فيكون له بيع المرهون ، ولو عارض الراهن فى ذلك ولم يوافق عليه ، أو كان غائبًا ، ويقوم الثمن مقام المرهون فى الرهن . وتعتبر هذه الحالة من قبيل الحلول العينى حيث يحل الثمن حلولاً عينيًا مكان المرهون الذى تم بيعه، قبل موعد حلول الدين ، خشية تلفه أو فساده . ويكون للمرتهن أن يستوفى حقه من هذا الثمن بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين .

---

(١) م ٤٦٥ مدنى .

(٢) م ١١٢١ مدنى .

ويجـوز بيع المرهون ، قـبل حلول أجل الدين ، بالاتفـاق بين الراهن والمرتهن على ذلك ، وهنا يحل الثمن محل الشئ المرهون ، ويجوز للراهن كذلك طلب بيع المرهون ، إذا كانت هناك ضرورة لذلك ، للوفاء بالدين أو لرهن ثمنه ، فإن لم يوافق المرتهن على ذلك ، تم اللجوء إلى القضاء لتقرير ما يراه مناسباً .

ويعبر المشرع عن تلك الأحكام بقوله : يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشئ المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشئ ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر ايداع الثمن .

إذا كان الشئ المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص له فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشئ إلى ثمنه (١) .

(و) حصول المرتهن على حقه من الدين المرهون :

يمكن أن يرد الرهن على دين ، ويتم ذلك فى صورة حوالة من الراهن لحقه إلى المرتهن ، ويحق للدائن المرتهن أن يطالب المدين بالحق المرهون لاستيفاء دينه منه . والجدير بالذكر أنه يحق للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال إليه بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قِبل المحيل ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

١- فإذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه (٢) .

---

(١) م ١١١٩ ، ١١٢٠ مدنى . (٢) م ١١٢٩ مدنى .

ومعنى ذلك أنه إذا كان محل كل من الدينين متماثلاً (نقود أو مثليات)، كان للدائن أن يقبض حقه من الدين المرهون ، فإن بقى شئ كان من حق الراهن ، أما إن كان محل كل منهما مختلفاً عن الآخر كان للدائن طلب بيع الحق المرهون أو تملكه .

٢- وإذا حل أجل الدين المضمون قبل حلول أجل الدين المرهون ، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى بيع هذا الدين أو تملكه ، ولكن لا يجوز اجبار الملتزم بالدين على الوفاء قبل حلول أجل التزامه .

٣- وإذا حل الدين المرهون قبل أن يحل أجل الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمرتهن أن يستقل بقبضه ، بل يمكنه الاتفاق مع الراهن على ايداعه عند أمين يتفقان عليه ، ويتعاونا على استغلاله على خير وجه .

المبحث الثانى

آثار الرهن الحيازى بالنسبة للغير

يرتب عقد الرهن آثاراً هامة فى مواجهة الغير ، لذلك حرص المشرع على حمايته من خلال تقرير القواعد التى تكفل شهر الرهن حتى يتم العلم به، لذا نعرض فى البداية لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير قبل تناول آثاره .

المطلب الأول

نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير

يقصد بالغير هنا كل شخص يتأثر بالرهن الحيازى بما يوفره للدائن المرتهن من ميزة التقدم أو ميزة التتبع ، وينطبق ذلك على سائر الدائنين الذين لهم تأمين عينى على المال المرهون ، كالدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ، وصاحب حق الاختصاص أو حق الامتياز ، وكذلك الدائن العادى ، ومن له حق عينى أصلى على الشئ ، كالمشترى الذى تنتقل إله ملكيته ، والمنتفع .

ويلزم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير توافر شروط معينة يتطلبها القانون لضمان علانيته واعلام الغير به ، لينظموا معاملاتهم ، مع الراهن ، على أساس وجوده ، وإلا اضطربت معاملات الناس ، وحتى لا ينخدع الغير ويقرض الراهن نقوداً بضمان هذا الشئ باعتباره غير مرهون .

وقد وجد المشرع فى نقل الحيازة وسيلة كافية لعلم الغير بوجود الرهن ، ومن ثم أصبح تخلى الراهن عن حيازة الشئ المرهون للدائن أو لعدل يتفق عليه ، شرطاً عاماً لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، وإلى جانب هذا الشرط العام الذى يلزم توافره بالنسبة لكل حالات الرهن الحيازى مهما كانت طبيعة الشئ المرهون : (عقار ، منقول ، دين) استلزم الشارع بعض الشروط الأخرى تختلف باختلاف نوع المال المرهون .

الفرع الأول

الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازى

ينشأ حق الرهن ، فيما بين المتعاقدين ، وتترتب جميع آثار الرهن فيما بينهما ، بمجرد ابرام العقد . ولكن لا يكون نافذاً فى مواجهة الغير إلا بانتقال الحيازة إلى المرتهن أو عدل يرتضيه العاقدان . فيجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه الطرفان . ويترتب على عقد الرهن التزام الراهن بتسليم الشئ المرهون إلى المرتهن أو العدل المتفق عليه .

(أ) الغرض من حيازة المال المرهون :

إن انتقال حيازة الشئ المرهون من الراهن إلى المرتهن أو الغير يمكن الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصماً من حقه المضمون بالرهن ، وتمكينه من حبس الشئ المرهون إلى حين استيفاءه حقه .

ولكن الحكمة الرئيسية من اشتراط انتقال الحيازة هو اعلام الغير بوجود الرهن ، فالحيازة هى الوسيلة الوحيدة لشهر الرهن خاصة فى المنقول ، حيث يتم اشعار الغير بحق المرتهن على الشئ المرهون . وإن من شأن بقاء المنقول فى

يد الراهن أن يخدع المتعاملين معه ، فيقرضونه نقوداً بضمان هذا المنقول باعتبار أنه غير مرهون . ونظراً لأهمية نقل الحيازة ، فإنه يترتب على تخلفه عدم نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير .

أضف إلى ذلك أن انتقال الحيازة من الراهن يحقق حماية فعالة للمرتهن ، ويعتبر ضمانة قوية له ، وعلى الخصوص فى حالة رهن المنقول . فبقاء المنقول فى يد الراهن يسهل له اخفائه ، أو التصرف فيه إلى حائز حسن النية يتملكه خالصاً من الرهن ، حيث يستطيع التمسك ضد المرتهن بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

(ب) لمن تنتقل الحيازة :

الأصل أن يتم حيازة الشئ المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن ، ولكن يجوز نقل الحيازة إلى أجنبى عن العقد (عدل) يتفق عليه العاقدان ، يحوز المال نيابة عن المرتهن .

ويتم الاتفاق على تعيين العدل إما فى عقد الرهن أو فى اتفاق لاحق ، ويجب لكى ينتج هذا الاتفاق أثره قبول العدل حيازة المال المرهون بعد ابلاغه بذلك .

والقاعدة أن العدل يحوز المال المرهون نيابة عن المرتهن ، أو عن عدة دائنين مرتهنين فى حالة رهن المال لضمان حقوق عدة دائنين ، أى فى حالة ترتيب أكثر من رهن حيازى على نفس المال . ويجوز أن يكون العدل أحد الدائنين المرتهنين ، يحوز المال لحساب نفسه ، ونيابة عن المرتهنين الآخرين فى نفس الوقت . فوجود الشئ المرهون فى حيازة العدل يمكن الراهن اذن من أن يرهن الشئ رهن حيازة أكثر من مرة .

وحيازة العدل للمال المرهون تمكن الدائن المرتهن من التخلص من عبء التزامه بالمحافظة على المال واستغلاله وادارته ورده ، وتؤمنه فى ذات الوقت من تصرفات الراهن فى هذا المال اضراراً به .

ويعتبر الدائن المرتهن رهن حيازة حائزاً قانونياً لحق الرهن ، لأنه يحوز المال المرهون استناداً إلى حقه العينى عليه ، وهو يباشر على المال السلطات

التى يخولها له هذا الحق ، ويجوز له التمسك باكتساب حق الرهن على المنقول إذا كان الرهن صادراً من غير مالك ، وذلك استناداً إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، متى حاز المنقول على سبيل الرهن بحسن نية .

(جـ) كيف تنتقل الحيازة :

يلتزم الراهن بتسلم العين المرهونة بمجرد ابرام العقد ، ليصير الرهن نافذاً فى مواجهة الغير[1] ، ويسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع ، من حيث حالة الشئ ومشتملاته ، وكيفية التسليم، وزمانه ومكانه .

ويكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

فالتسليم غالبًا ما يكون مادياً ، حيث يتم نقل المنقول من يد لأخرى بالمناولة ، بحيث ينتقل مباشرة إلى الدائن المرتهن ويظل تحت قبضته . وقد يتم التسليم بصفة رمزية ، فتسليم مفتاح المخزن يعد تسليماً رمزياً للبضاعة الموجودة به طالما أدى ذلك إلى تخلى الراهن عن السيطرة على البضائع وتمكين المرتهن منها . ويعد وضع علامة الدائن المرتهن على المكان الذى توجد به الأشياء المرهونة بعد أن يكون الراهن قد تخلى عن هذه الأشياء هو تسليم رمزى لهذه البضائع . وتنتقل حيازة الدين بتسليم السند المثبت له . وتنتقل حيازة براءة الاختراع بتسليم الشهادة الخاصة به .

---

(١) وتطبيقًا لذلك تنص المادة ١٢٠ من قانون التجارة (١٩٩٩/١٧) على أنه يشترط لنفاذ الرهن فى حق الغير أن تنتقل حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى الشئ المرهون فى حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن .

يكون الدائن المرتهن أو العدل حائزاً للشئ المرهون فى الحالات الآتية :

١- إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشئ صار فى حراسته.

٢- إذا تسلم صكاً يمثل الشئ المرهون ويعطى حائزه دون غيره حق تسلمه .

ويمكن أن يكون التسليم حكميًا أو معنوياً حيث يتم بمجرد تراضى المتعاقدين على ذلك ، كما لو كان المرهون فى حيازة المرتهن ، قبل الرهن ، بصفته مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً لديه ، ثم يبرم الرهن ، فى هذه الحالة لا يتم نقل حيازة المرهون مادياً للمرتهن لأنه يحوزه بالفعل ، ويتم التراضى معه على بقاء المرهون فى حيازته بوصفه مرتهناً .

وقد أورد المشرع المصرى تحفظاً خاصاً بصدد تأجير العقار المرهون للراهن، حيث يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير ، فإذا اتفق على الايجار فى عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به فى هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الايجار تجديداً ضمنياً (١) .

ومؤدى ذلك أنه يجوز للمرتهن تأجير العقار للراهن بشرط أن يتم شهر الايجار حتى يكون الرهن نافذاً فى مواجهة الغير رغم عودة العقار المرهون إلى الراهن ، أما إذا لم يشهر الايجار ، فإن الرهن لا ينفذ فى حق الغير ، ولكن الرهن يظل صحيحاً فيما بين المتعاقدين (٢) .

---

(١) م ١١١٥ مدنى .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى فى ظل القانون المدنى القديم : بأن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون فى حيازة الدائن المرتهن ، ويقضى ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنة وإذا كان عقد الايجار يضع العين المؤجرة فى حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة ، متى أثبتت فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن ، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن ، والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الايجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة ٥٤١ من القانون المدنى ، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازى ، وعلى أنه إذا كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ المعدل للمادة ٥٤٠ قد رخص للدائن فى ايجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير فى هامش تسجيله فإنه لم يقصد بهذا الترخيص =

(د) شروط الحيازة :

إن الغرض من حيازة المال المرهون هو اعلام الغير بالرهن الذى يثقل المال، أى اعلان حق الدائن المرتهن ليستطيع الغير أن يعلموا به ، لذا يجب أن تكون هذه الحيازة ظاهرة ، وأن تستمر حتى انقضاء الدين المضمون .

١- يجب أن تكون حيازة المال المرهون ظاهرة ، أى بوجود علامات ودلائل تدل على حيازة المال حيازة ظاهرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض ، بحيث لا يخفى أمرها على أحد ، وينبغى أن يتخلى الراهن عن المال تماماً على نحو يزيل كل شك أو غموض حول انتقال الحيازة إلى المرتهن. فلا يجوز الاتفاق على بقاء العين المرهونة فى يد الرهن على سبيل الايجار أو العارية ، وأن ينوب عن المرتهن فى الحيازة ، ففى مثل هذه الحالات لا ينفذ الرهن فى مواجهة الغير ، باستثناء حالة تأجير العقار المرهون السابق ذكرها .

والفيصل فى كون الحيازة ظاهرة هو رفع يد الراهن عن المال المرهون بطريقة تبين للغير وجود حق المرتهن ، ويتحقق ذلك فى حالة انتقال الحيازة بشكل ظاهر وحقيقى . وقضى تطبيقاً لذلك بأنه يكفى لاعتبار المرتهن حائزاً للمنقولات المرهونة ، أن توضع فى حجرة بمنزل الراهن منفصلة ومغلقة يضع عليها الدائن علامته وأختامه .

٢- يجب أن تكون الحيازة مستمرة ، بمعنى وجوب احتفاظ المرتهن بحيازة المال المرهون حتى نهاية الرهن ، فينبغى ألا يعود المرهون إلى حيازة الراهن ، فهو يتخلى عنه بصفة مستمرة إلى حين انقضاء الرهن .

واستمرار الحيازة لا يتعارض مع حق المرتهن فى تسليم الشئ المرهون للغير على سبيل الحيازة العارضة . فقد يقتضى استغلال الشئ المرهون ، أو تقتضى صيانته ، أن يسلمه إلى شخص آخر كمستأجر أو مودع لديه أو فنى لاصلاحه ، لا يؤثر ذلك على استمرار الحيازة ونفاذ الرهن فى حق الغير مادام الشئ المرهون لا يعود إلى حيازة الراهن .

= الذى جاء به الغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدنى وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس ، ملاحظاً فى ذلك أن اشهار الايجار بطريق التسجيل فيه ما يغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون. (طعن رقم ٥٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/١٤) .

وإذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون اخلال بحقوق الغير . أى أن رجوع الشئ المرهون إلى الراهن يعد قرينة على انقضاء الرهن بالنسبة للغير، وحتى فى علاقة الدائن المرتهن بالراهن ، لأن العادة أن الشئ المرهون لا يعاد إلى الراهن إلا بعد انقضاء الرهن بعد الوفاء بالدين المضمون أو بسبب تنازل المرتهن عن رهنه أو لأى سبب آخر .

إلا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس ، حيث يستطيع المرتهن أن يقيم الدليل على أن رجوع المرهون إلى الراهن كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كما إذا أثبت أنه سلم إليه بقصد اصلاحه أو استخدامه لضرورة طارئة أو لأى سبب آخر كالايجار أو العارية أو الوديعة ، هنا يبقى الرهن قائماً لانتفاء القرينة على انقضائه ، ولكن هذا البقاء قاصر على علاقة الراهن بالمرتهن ، ولا يحتج به على الغير .

أى أن الرهن لا يكون نافذاً على الغير فى فترة حيازة الراهن للشئ المرهون . ولا ينفذ فى مواجهة الغير إلا من تاريخ عودة الحيازة من جديد للمرتهن . ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف الراهن فى الشئ المرهون أثناء حيازته له أو رتب عليه رهناً جديداً ، أو وقع عليه أحد الدائنين حجزاً فى هذه الفترة ، فإن كل ذلك يسرى فى مواجهة المرتهن وليس له أن يحتج بوجود حقه أو بأسبقية رهنه على المتصرف إليهم أو للدائن الحاجز لأن رهنه لم يكن نافذاً عليهم آنذاك ، ولا يكون للدائن المرتهن إلا أن يشترك مع هؤلاء الدائنين فى توزيع الثمن على قدم المساواه معهم وطبقًا للمبادئ العامة فى المفاضلة بين الدائنين .

وينبغى التنبيه فى هذا الصدد إلى أن فقد الحيازة الذى يترتب عليه عدم نفاذ الرهن فى مواجهة الغير يجب أن يتحقق بارادة الدائن المرتهن وبرضائه(١)، أما إذا خرج الشئ من يد الدائن دون ارادته أو دون علمه ،

(١) فقد قضى بأنه متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطيان المرهونة وظلت فى =

كان له الحق فى استرداد حيازته وفقاً لأحكام الحيازة [1] . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المرتهن الحيازة رغماً عنه أو فى غيبته ، عنوة أو خلسة ، فإن ذلك لا يؤثر فى بقاء حق الرهن ، ويظل نافذاً فى مواجهة الغير .

الفرع الثانى
الشروط الخاصة لنفاذ الرهن الحيازى

بالاضافة إلى انتقال الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، اشترط المشرع اجراءات خاصة ببعض أنواع الرهن تختلف وفقاً لطبيعة المال ، وتشمل رهن العقار ، رهن المنقول ، رهن الدين .

(أ) رهن العقار:

يلزم لنفاذ الرهن الحيازى للعقار فى حق الغير ، بالاضافة إلى نقل الحيازة كشرط عام فى كل رهن حيازى ، أن يتم شهر الرهن بقيده .. ولا يغنى قيد الرهن عن ضرورة انتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير . فانتقال الحيازة والقيد شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر .

ويلزم اجتماع الشرطين معاً لنفاذ الرهن فى حق الغير ، وتتحدد مرتبة الرهن فى الوقت الذى يتوافر فيه الشرطان معاً ، فإذا قيد الرهن قبل انتقال الحيازة ، كان الرهن نافذاً من يوم انتقالها ، أما إذا انتقلت الحيازة قبل قيد الرهن ، فإن درجته وسريانه فى مواجهة الغير يتحددان من يوم القيد [2] .

= حيازته وكان هو الذى تخلى عن حيازة هذه الأطيان باختياره فإنه يكون هو المسؤول وحده عن أضعاف التأمينات . (طعن رقم ٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١ س٣٠ ص ٣٠٣) .

(١) م ١١٠٠ مدنى .

(٢) فقد نصت المادة ١١١٤ على أنه يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى .

ويستلزم اتمام القيد أن يكون عقد الرهن ثابتًا فى محرر عرفى مصدقًا على التوقيعات فيه . ويجب أن يتضمن المحرر كافة الشروط المتفق عليها بما فى ذلك تخصيص العقار المرهون والدين المضمون بالرهن . ويتم القيد عادة بناء على طلب المرتهن ، بوصفه صاحب المصلحة فى نفاذ الرهن وتحديد مرتبة حقه .

ويجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الراهن فى حق الغير ، فإذا اتفق على الايجار فى عقد الرهن وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته، أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به فى هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريًا إذا جدد الايجار تجديدًا ضمنيًا (١) .

(ب) رهن المنقول :

يشترط لنفاذ الرهن الحيازى على المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانًا كافيًا ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن(٢) .

---

(١) م ١١١٥ مدنى . أنظر ما سبق ص ٤٦٠ .

(٢) م ١١١٧ مدنى . مع التحفظ بالنسبة للدين التجارى ، فقد قضت محكمة النقض :

إن ما يتطلبه القانون المدنى لنفاذ الرهن الحيازى للمنقول فى حق الغير من تدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الأدنى الذى ينتهى إليه هذا الدين إذا لم يكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضمانًا لاعتماد مفتوح أو بفتح حساب جار ، هذا الذى يتطلبه القانون المدنى لا يسرى على الرهن التجارى ذلك أنه طبقًا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد ضمانًا لدين تجارى بكافة طرق الاثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير ومن ثم فإن القانون التجارى يكتفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقًا للمادة ٧٧ من القانون التجارى ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة ، ومتى كان لا يلزم وجوز عقد مكتوب أصلاً فإن تحديد الدين المضمون وهو ما اشترط =

« ويقصد الشارع ، بهذا الاجراء ، حماية الغير من صور عديدة لغش قد يعمد إليه الراهن ، يسهل وقوعها ويصعب اثباتها ، كتقديم التاريخ أو زيادة قدر الدين المضمون بالرهن ، أو بالادعاء بوجود رهن على المنقول لا وجود له في الحقيقة ، تهريباً له من دائنه ، أو تفضيلاً لأحد دائنيه أو استبدال المنقول المرهون بآخر ، أقل أو أكثر قيمة » .

ولا يلزم لانعقاد الرهن الحيازى تحريره في وثيقة ، لأن الرهن عقد رضائي يكفي لانعقاده الايجاب والقبول بين الراهن والمرتهن . كما أن الكتابة ليست شرطاً لاثباته لأن هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة في اثبات التصرفات القانونية .

ولكن الكتابة شرط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، أى أنها اجراء ضرورى للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير ، شأنها في هذا شأن اجراء القيد في رهن العقار ، ولا يلزم اتمام الكتابة في ورقة رسمية ، بل يكفي أن تكون الورقة عرفية .

ولا يكفي ، لنفاذ الرهن على المنقول ، تدوين العقد في ورقة مكتوبة ، بل يجب كذلك أن تكون هذه الورقة ثابتة التاريخ باحدى الطرق القانونية ، ولا يحتج بها على الغير إلا من يوم هذا الثبوت ، أى من يوم قيدها بالسجل المدنى المعد لذلك ، أو من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، أو من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص ، أو من يوم حدوث أية واقعة أخرى مما يثبت بها التاريخ .

= القانون المدنى اشتمال العقد المكتوب عليه لا يكون لازماً للاحتجاج بالرهن على الغير ، يؤكد ذلك ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ ومن ثم فإن الرهن التجارى للمنقول يكون صحيحًا ويحكم به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى للدائن المرتهن في ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها وفى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت ارادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التى كانت قائمة فعلاً في ذمة المدين وقت ترتيب الرهن فحسب أو أن الضمان يشمل أيضًا الديون المستقبلة . (طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ س ١٧ ص ٢٠٣٠) .

وينبغى أن يتضمن المحرر المثبت للرهن تخصيص الدين المضمون، وتعيين العين المرهونة تعييناً كافياً ، وذلك بذكر البيانات التى تعين وتميز المنقول المرهون عن غيره ، وبيانه بطريقة نافية للجهالة ، ويجب تحديد بيانات الدين من حيث مصدره وتاريخ نشأته واستحقاقه . المهم أن تكون البيانات كاملة بطريقة تمنع التواطؤ بين الراهن والمرتهن على الاضرار بالغير من خلال التغيير فى مبلغ الدين أو تاريخ استحقاقه و تبديل المنقول بآخر . ويترك تقدير مدى كفاية البيانات لقاضى الموضوع .

ويقع على الدائن المرتهن ، بوصفه صاحب مصلحة ، عبء اثبات ثبوت تاريخ المحرر المثبت لرهنه الحيازى ، حتى يستطيع الاحتجاج به الغير ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتًا بوجه يقينى وأن يقيم البينة الشرعية على صحة هذا التاريخ . وثبوت التاريخ لا يغنى عن انتقال الحيازة ، ومن ثم فإن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بتوافر الشرطين معًا . فإذا تم اثبات التاريخ قبل انتقال الحيازة ، فإن الرهن لا ينفذ فى حق الغير إلا من يوم انتقال الحيازة ، وإذا انتقلت الحيازة قبل ثبوت التاريخ فإن الرهن تتحدد مرتبته بالتاريخ الثابت. ويترتب على ذلك أنه إذا حجز أحد الدائنين على المنقول المرهون قبل اثبات المرتهن لتاريخ الرهن ، فإن هذا الحجز يسرى فى مواجهة المرتهن ، ولا يستطيع هذا الآخير أن يحتج بحقه على المنقول فى مواجهة الحاجز إلا من يوم ثبوت تاريخ المحرر المثبت لرهنه .

(جـ) رهن الدين :

لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا باعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له . ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول (١) .

يتضح من ذلك أن رهن الدين يسرى فى حق المدين إذا قبله أو أُعلن به ، فرهن الدين يأخذ حكم حوالة الحق التى تنفذ على المدين بقبوله لها أو باعلانه بها .

---

(١) م ١١٢٣ مدنى .

أما نفاذ الرهن بالنسبة للغير فيستلزم أن يتسلم المرتهن سند الدين ، وأن يكون الرهن نافذاً فى حق المدين باعلانه أو قبوله ، وأن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، واعلان المدين يكون دائمًا ثابت التاريخ لحصوله فى ورقة رسمية أى بورقة من أوراق المحضرين .

وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين أو لاعلانه ، إذا تسلم المرتهن سند الدين قبل هذا التاريخ ، أما إذا تم تسليم السند بعد التاريخ الثابت للقبول أو الاعلان ، فإن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ التسليم .

(د) رهن السند الاسمى والسند الاذنى :

يتم رهن السندات الاسمية والسندات الاذنية بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى اعلان (١) .

ويثبت رهن الأوراق المتداول بيعها أيضًا بتحويلها تحويلاً مستوفيًا للشرائط المقررة قانونًا ومذكوراً فيه أن تلك الأوراق سلمت بصفة رهن . أما سندات الشركات التجارية أو المدنية التى يصح التنازل عنها بكتابة ذلك فى دفاتر الشركة ، سواء كانت بسهام أو بحصص فى الأرباح أو من السندات المحررة بأسماء أربابها ، يثبت رهنها أيضًا بالتنازل عنها بصفة تأمين ويذكر ذلك التنازل فى دفاتر الشركة (٢) .

وعلى ذلك فالسندات الاسمية (وهى من الأوراق المالية ، يتم رهنها عن طريق القيد فى سجلات الشركة التى أصدرتها بما يفيد رهنها ، وذلك دون حاجة إلى اعلان الشركة ، ويجب اتباع الاجراءات التى ترسمها الجهة التى

---

(١) م ١١٢٤ مدنى .

(٢) تنص المادة ١٢١ من قانون التجارة (١٩٩٩/١٧) على أن يتم رهن الحقوق الثابتة فى الصكوك الاسمية بحوالة يذكر فيها أنها على سبيل الرهن وتقيد فى دفاتر الجهة التى أصدرت الصك . ويتم رهن الحقوق الثابتة والصكوك لأمر بتظهير يذكر فيه أنه للرهن أو أية عبارة تفيد ذلك . ويكون الرهن ، فى الحالتين ، نافذاً فى حق المدين دون حاجة إلى اعلانه بالرهن أو قبوله .

أصدرتها لاتمام حوالتها ، ويتم ذلك عادة باقرار يحرره راهنها ، ويؤشر به على السند نفسه . ويجب فضلاً عن ذلك تسليم السند للدائن المرتهن . وتتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيد الرهن فى السجل مع حيازة السند .

أما السندات الاذنية (وهى من الأوراق التجارية) ، فيتم رهنها عن طريق التظهير على أن يذكر أن هذا التظهير قد تم بقصد الرهن . وينفذ الرهن فى مواجهة الغير بتسليم السند إلى المرتهن دون حاجة إلى اجراء آخر أى دون حاجة إلى اعلان المدين ، وتتحدد مرتبة الرهن من تاريخ التظهير مع حيازة السند .

(هـ) رهن السند لحامله :

تعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتخضع فى رهنها لنفس قواعد رهن هذا المنقول ، ويترتب على ذلك أن رهن السند لحامله لا ينفذ فى حق الغير إلا بشرطين :

الأول : نقل حيازة السند إلى المرتهن .

الثانى : تدوين الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ مبيناً فيها بطريقة كافية المال المرهون والحق المضمون (١) .

(و) رهن الحقوق التى ترد على منقول معنوى :

تسرى القواعد العامة فى رهن المنقول على رهن المنقولات المعنوية التى لم يضع المشرع لها أحكامًا خاصة ، مثل حق المؤلف وحق الانتفاع فى المنقول . ومن ثم يشترط لرهن هذه الحقوق إلى جانب انتقال الحيازة ، تدوين الرهن فى محرر ثابت التاريخ.

وقد وضع المشرع تنظيماً خاصاً لرهن بعض المنقولات المعنوية مثل المحال التجارية التى يتم رهنها عن طريق القيد فى السجل المخصص لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة . وبالنسبة للعلامات التجارية لا

---

(١) م ١/١١١٨ مدنى .

.D. Fasquelle, le nantissement des Valeurs mobilières RTD Com. 1995, P.1

يجوز رهنها إلا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته ، ولا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير به فى السجل واشهاره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية . وأما عن براءات الاختراع فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير به فى سجل البراءات [١] .

المطلب الثانى
آثار نفاذ الرهن الحيازى على الغير
(حقوق المرتهن قِبل الغير)

يترتب على نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، تمتع الدائن المرتهن بعدة حقوق فى علاقته مع الغير ، وهى حق الحبس، حق التقدم، حق التتبع.

الفرع الأول
حق الحبس

يستطيع المرتهن حبس الشئ المرهون حتى يستوفى كامل دينه . يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة ، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون [٢] ، فالحق فى الحبس ميزة تتفرع عن الحق فى الرهن الحيازى ، فهو سلطة يتمتع بها الدائن المرتهن ضماناً لحقوقه ، وهو بهذا يختلف عن الحق فى الحبس المعروف فى النظرية العامة للالتزام .

---

(١) أنظر فى كل ذلك المادة ٣٧ من القانون ٣٥٤ /١٩٥٤ المعدل بالقانون ١٩٩٢/٣٨ ، ١٩٩٤/٢٩ (حق المؤلف) ، والمادة ١٨ ، ٢٠ من القانون ١٩٣٩/٥٧ (العلامة التجارية) – م٢٨ من القانون ١٩٤٩/١٣٢ (براءة الاختراع) .

(٢) م ١١١٠ مدنى .

ويثبت حق المرتهن فى حبس الشئ المرهون عن الراهن وعن الغير ، سواء أكان هذا الشئ منقولاً أم عقاراً ، وسواء أكان المنقول مادياً أم معنوياً ، ويثبت الحق فى الحبس سواء أكان الشئ فى حيازة المرتهن أو حيازة عدل أو حارس عينته المحكمة ، فكل منهما يحوز لحساب المرتهن ويلتزم بحبس المال لحسابه ، ولا يستطيع التخلى عنه بغير اذنه ، ويسأل فى مواجهته عن كل ضرر يترتب على ذلك .

ويرتبط الحق فى حبس بالرهن ، حيث يقوم بوجود الرهن وينقضى بانقضائه . وللمرتهن أن يحبس المال المرهون حتى يستوفى دينه بتمامه من أصل ومصروفات ، ولكن ليس له يحبس هذا المال ضماناً لحقوق أخرى تكون له قبل الراهن ، سواء وجدت هذه الحقوق قبل الرهن أو بعده . وحق الحبس شأنه شأن الرهن المرتبط به ، لا يقبل التجزئة ، فالمرتهن يمارس حقه فى الحبس حتى يستوفى جميع مستحقاته ، وهو يحبس كل الشئ المرهون حتى لو تبقى له جزء يسير من مستحقاته (١) .

يمكن الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الراهن ، والغير ، والراسى عليه المزاد .

(أ) يستطيع المرتهن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة الراهن ، فليس للراهن أن يطلب استرداد الشئ المرهون قبل سداد الدين المضمون . ويثبت حق المرتهن فى حبس المرهون بمجرد الاتفاق على الرهن ، إذ ينشأ له هذا الحق بمقتضى ذلك الاتفاق . يستوى فى ذلك أن يكون الراهن هو المدين أو غيره .

(ب) يستطيع المرتهن أن يتمسك بحق الحبس فى مواجهة المالك

---

(١) والجدير بالذكر أنه لا يجوز التمسك بهذا الحق لأول مرة أمام محكمة النقض ، فقد قضى بأنه إذا كان رب العمل لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس التأمين المدفوع له من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعاً للرهن الحيازى المقرر له عليه حتى تبرأ ذمة العامل من المسحوبات فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع . نقض ١٩٧٣/٢/٣ س٢٤ ص٣٧٢ .

الحقيقى للشيء المرهون وذلك إذا كان الرهن قد ورد على منقول مملوك لغير الراهن ، ذلك أن المرتهن يكون قد اكتسب حق الرهن عليه طالما كان حسن النية ، استناداً إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

(جـ) ويكون للمرتهن أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير حتى يستوفى حقه المضمون . ولكن يشترط لامكان الاحتجاج بحق الحبس أن يكون الرهن نافذاً فى مواجهة الغير ، أما بغير اكتمال شروط نفاذ الرهن على الغير ، ليس للمرتهن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهتهم ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمرتهن الاحتجاج بحقه فى الحبس فى مواجهة الذين تثبت لهم حقوق على المال المرهون قبل أن يصبح الرهن نافذاً فى حقهم أى قبل اكتمال شروط نفاذ الرهن بالنسبة لهم ، ذلك أن الدائن المرتهن إنما يحبس الشئ بالحالة التى كان عليها وقت أن أصبح الرهن نافذاً فى مواجهة الغير .

مثال ذلك حالة ما إذا كان المرهون مثقلاً ، عند نفاذ الرهن عليه ، بتكليف عينى أو رهن ، فإن المرتهن لا يستطيع التمسك قبل صاحب التكليف أو الرهن بحقه فى حبس المال المرهون . ونفس الحال إذا كان العقار المرهون قد سبق بيعه بعقد مسجل قبل نفاذ الرهن ، لم يكن الرهن نافذاً فى مواجهة المشترى ، ولا يكون للمرتهن حق الحبس فى مواجهته .

أما هؤلاء الذين كسبوا حقوقهم على المال المرهون بعد أن أصبح الرهن نافذاً فى مواجهتهم ، فيستطيع المرتهن الاحتجاج عليهم بحقه فى الحبس . فالمرتهن يمكنه حبس المال المرهون فى مواجهة من يشتريه بعد نفاذ الرهن ، وفى مواجهة الدائنين العاديين أو الدائن المرتهن المتأخر عنه فى المرتبة .

(د) ولكن هل يجوز للدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى الحبس على الراسى عليه المزاد ؟ ويتم ذلك فى حالة مباشرة التنفيذ الجبرى على المال المرهون بناء على طلب المرتهن نفسه أو على طلب دائنى الراهن[1] .

أولاً : إذا كان الدائن المرتهن نفسه هو الذى طلب التنفيذ على الشئ

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى . ص ٦٣٧.

المرهون ، أى إذا كان هو الذى طلب بيع الشئ جبراً ، فلا يحق له أن يمتنع عن تسليم هذا الشئ عن الشخص الذى رسا عليه المزاد ، وكل ما له من حق هو أن يباشر عندئذ حقه فى الأفضلية على الثمن . وليس للمرتهن حبس الشئ عن الراسى عليه المزاد حتى ولو كان الثمن الراسى به المزاد غير كاف للوفاء بدينه ، لأن مجرد طلبه بيع المرهون يعد نزولاً منه عن حقه فى الحبس .

ثانيًا : أما إذا جرى التنفيذ على المال المرهون بناء على طلب دائن آخر غير المرتهن ، فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان المرهون منقولاً أو عقاراً .

١- إذا كان المرهون منقولاً ، فإن الأمر يتوقف على مدى نفاذ حق المرتهن فى مواجهة الدائن الذى باشر اجراءات التنفيذ .

ويترتب على ذلك أنه يكون للمرتهن أن يحبس المرهون عن الراسى عليه المزاد ، إذا كان طالب التنفيذ دائنًا عاديًا أو دائنًا له رهن أو امتياز متأخر عنه فى مرتبته ، أما إذا كان طالب التنفيذ على المنقول المرهون دائنًا للراهن صاحب مرتبة أسبق من المرتهن الحائز ، فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحبس المرهون عن الراسى عليه المزاد ، ويتحقق ذلك إذا كان طالب التنفيذ دائن له رهن أو امتياز على المنقول المرهون ، متقدم على المرتهن فى المرتبة .

٢- أما إذا كان المرهون عقاراً ، فإنه يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أُعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع وأُخبروا بتاريخ جلسته ولا يبقى لهؤلاء إلا حقهم فى الثمن (١) .

ويترتب على ذلك أن البيع الجبرى يؤدى إلى تطهير العقار من الرهن الحيازى ، ولا يجوز للدائن الحابس أن يحبس العقار المرهون عن الراسى عليه المزاد ، ولو لم يستوف حقه كله أو بعضه ، وأيًا كان طالب البيع ، لأن رسو المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى . وينتقل حق المرتهن حيازة على ثمن العقار المبيع ، يستوفى منه دينه وفقًا لترتيب نفاذ الرهن فى حق الغير .

---

(١) م ٤٥٠ مرافعات .

الفرع الثانى
حق التقدم

إن الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشئ المرهون قبل أى دائن ، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً متأخراً فى الترتيب . فالدائن المرتهن يكون له حقاً عينياً على الشئ المرهون رهن حيازة ، ويستطيع أن يحبس هذا الشئ حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن الشئ المرهون، ولو انتقل هذا الشئ إلى شخص آخر .

فميزة التقدم معناها أن الدائن المرتهن يتقدم فى اقتضاء حقه ، من ثمن الشئ المرهون ، على جميع الدائنين العاديين ، والدائنين الذين ترتبت لهم حقوق عينية تبعية على الشئ المرهون بعد استكمال اجراءات نفاذ رهنه المشار إليها سابقاً . ولكن الدائن المرتهن يتأخر فى استيفاء حقه عن الدائنين الذين نشأت حقوقهم العينية التبعية على الشئ قبل نفاذ رهنه . ومعنى ذلك أنه عند تزاحم أصحاب الحقوق العينية التبعية على الشئ المرهون ، فإن المفاضلة بينهم وبين الدائن المرتهن تتحدد على أساس مرتبة رهنه . ونذكر بأن مرتبة الرهن الحيازى على العقار تتحدد بالقيد مع انتقال الحيازة ، وتتحدد فى المنقول باثبات الرهن فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة .

ويتقدم الدائن المرتهن فى استيفاء حقه من ثمن الشئ المرهون على باقى الدائنين كما رأينا ، ويشمل حق المرتهن المضمون بالرهن أصل الدين وملحقاته ، كالمصروفات الضرورية التى أنفقت على حفظ الشئ وصيانته ، ومصروفات العقد الذى أنشأ الدين وعقد الرهن ، ومصروفات تنفيذ الرهن الحيازى ، والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشئ المرهون (1) .

ويقتضى المرتهن حقه من ثمن الشئ المرهون أو أى مقابل آخر يحل محله، كالتعويض الذى يدفعه الغير المتسبب ، فى هلاك هذا الشئ ، ومبلغ

---

(1) م ١١١١ مدنى .

التأمين الذى تدفعه شركة التأمين عند احتراقه وذلك فى حالة التأمين عليه ضد الحريق . فى هذه الحالات يحل التعويض أو مبلغ التأمين محل الشئ المرهون حلولاً عينياً ، ويكون مرهوناً مثله .

الفرع الثالث
حـق التتبع

يخول الرهـن الحيازى . كغيره من الحقوق العينية التبعية ، الدائن المرتهـن ، الحـق فى أن يستوفى حـقه مـن ثمن الشئ المرهون فى أى يد يكون ، ويقصد بذلك حق المرتهن فى تتبع العين المرهونة للتنفيذ عليها فى يد من تنتقل إليه ملكيتها ، فالرهن لا يمنع الراهن من التصرف فى العين المرهونة ، ولكن ملكية العين تنتقل إلى المتصرف إليه محملة بحق الرهن .

ويلاحظ أن المرتهن حيازة يتتبع العين فى يد الغير مع أن حيازتها فى يده، ذلك لأن التتبع ليس تتبعاً مادياً للحيازة ، بل هو تتبع معنوى للملكية ، يستطيع الدائن بمقتضاه أن ينفذ على العين بعد أن تنتقل ملكيتها من الراهن إلى شخص آخر [١] .

فإذا باع اراهن العين المرهونة ، فإن ملكيتها تنتقل إلى المشترى ، إلا أنها تظل فى حيازة المرتهن الذى يستطيع التنفيذ عليها فى مواجهة المالك الجديد، ولا يستطيع هذا المالك أن يعترض على ذلك طالما كان الرهن الحيازى نافذاً فى مواجهته ، ولكن يجوز لهذا المالك أن يدفع الدين ، فيحل محل الدائن فى رهن الحيازة ، فإن لم يفعل ، وجب أن يتحمل اجراءات التنفيذ .

---

(١) السنهورى ، ص ٨٥٢ .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

يقوم الرهن كأداة ائتمان لضمان الوفاء بدين معين ، ومن ثم فإن الرهن يتبع الدين المضمون ، فى نشأته وانقضائه ، حيث يترتب على انقضاء الدين الأصلى انقضاء الرهن معه بالتبعية . وفضلاً عن ذلك ، هناك بعض الحالات ، ينقضى فيها الرهن بصفة أصلية ، بالرغم من بقاء الدين الأصلى .

المبحث الأول

انقضاء الرهن الحيازى بصفة تبعية

ينقضى الرهن الحيازى بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون ، لأن الرهن تابع للدين ، فإذا انقضى ، انقضى الرهن الحيازى معه . وينقضى الدين الأصلى ببراءة ذمة المدين منه ، سواء أكان ذلك عن طريق الوفاء أو سقوط الدين بالابراء أو التقادم أو المقاصة إلى غير ذلك . أما فى الحالات التى لا تبرأ فيها ذمة المدين ، فإن الرهن يظل قائمًا ، كما فى حالة الوفاء مع الحلول والتجديد مع الاتفاق على استبقاء التأمينات . ولا ينقضى الرهن كذلك فى حالة الوفاء الجزئى لأن الرهن لا يقبل التجزئة .

ويترتب على الوفاء بالدين الأصلى ، انقضاء الرهن الحيازى بالتبعية ، سواء تم الوفاء من الراهن أو من غيره ، المهم أن يترتب على الوفاء براءة ذمة المدين من الدين .

وينقضى الرهن بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونًا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته [1] .

---

(١) م١١١٢ مدنى .

« ويجب ، حتى يكون انقضاء الرهن نهائيًا ، أن يكون انقضاء الدين المضمون نهائيًا ، فيعود حق الرهن مع الدين المضمون به إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، فإذا كان السبب الذى انقضى به الدين هو الوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل (أو تم بما لا يملكه الموفى واسترده مالكه) ، فإن الدين المضمون يعود ويعود معه الرهن الحيازى » .

ولكن لا يترتب على عودة الرهن اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونًا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ، فإذا باع الراهن الشئ المرهون إلى مشتر حسن النية أو رتب عليه رهنًا جديداً ، فى الفترة المذكورة ، ثم عاد الرهن المنقضى ، فإنه لا يكون نافذاً على المشترى الذى كسب ملكية الشئ خاليًا من الرهن ، ولا ينفذ الرهن العائد فى مواجهة الرهن الجديد .

المبحث الثانى
انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية

يجوز أن ينقضى الرهن الحيازى بصفة أصلية ، دون أن ينقضى الدين المضمون به . وهناك عدة أسباب لذلك الانقضاء تتمثل فى :

(أ) نزول الدائن المرتهن عن الرهن :

ينقضى الرهن الحيازى بتنازل الدائن عنه ، والنزول عن الرهن قد يكون صراحة أو ضمنًا . ويجوز أن يستفاد التنازل الضمنى من تخلى الدائن باختياره عن الشئ المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . وعلى ذلك يعتبر الدائن المرتهن متنازلاً عن الرهن فى حالة الموافقة على تصرف الراهن فى الشئ المرهون دون تحفظ ، وفى حالة التخلى عن هذا الشئ للراهن طوعاً .

ويجب لصحة التنازل أن يكون الدائن المرتهن ذا أهلية فى ابراء ذمة المدين لأن أهلية النزول عن الرهن الحيازى هى أهلية ابراء المدين من الدين ، وهذه الأهلية هى أهلية التبرع ، وعلى ذلك يجب أن يكون الدائن المتنازل عن

الرهن بالغًا سن الرشد غير محجور عليه ، ولا يستطيع نائبه القانونى أن يمثله فى ذلك ، ولو بإذن المحكمة ، لأن التنازل يعتبر تبرعاً .

على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره ، فإذا كان الرهن مثقلاً بحق لأجنبى ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له، فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى .

(ب) انقضاء الرهن الحيازى باتحاد الذمة :

ينقضى الرهن الحيازى كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة .

ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبى على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك . فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى .

ولا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استيفائه ، كما إذا اشترى الكفيل العينى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك ، مستبقياً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين .

(جـ) انقضاء الرهن الحيازى بهلاك الشئ :

يزول الرهن إذا هلك الشئ أو انقضى الحق المرهون ، لأن الشئ المرهون لم يعد له وجود ، فيزول الرهن بزوال محله . والمقصود هنا الهلاك الكلى ، أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن الرهن يبقى على الجزء الباقى ، ويظل ضامناً لكل الدين اعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن .

وإذا هلك الشئ بخطأ الراهن أو المرتهن أو الغير ، فإن المسؤول عن

الهلاك يلتزم بدفع تعويض ، فيحل هذا التعويض محل الشئ المرهون حلولاً عينيًا ، وينتقل إليه الرهن . وكذلك الحال إذا حل محل الشئ الهالك مبلغ تأمين أو مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

وإذا كان محل الرهن حق من الحقوق ، فإن الرهن يزول بانقضاء هذا الحق ، كما لو كان المرهون حق انتفاع وانقضى بحلول أجله أو بموت المنتفع . أما إذا تنازل صاحب حق الانتفاع عن حقه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن ، ويبقى حق الانتفاع مثقلاً بالرهن ، لأنه لا يجوز للمنتفع أن يضر بارادته بحق المرتهن (١) .

(د) انقضاء الرهن الحيازى بالتطهير:

إن مكتسب ملكية العقار المرهون رهنًا حيازيًا لا يعتبر حائزًا ، وليس له أن يلجأ إلى التطهير أو التخلية مثل مكتسب ملكية العقار المرهون رهنًا رسميًا ، فهذا الأخير يعتبر حائزًا ومن حقه أن يسلك اجراءات التطهير أو التخلية . وكل ما للأول هو أن يوفى بالدين المضمون ، فيتحرر العقار من الرهن .

أما إذا كان العقار المرهون رهن حيازة محملاً فى الوقت ذاته برهن رسمى أو حق اختصاص أو امتياز مقيد ، وانتقلت ملكية هذا العقار إلى شخص توافرت فيه بقية شروط الحائز ، فإن هذا الشخص يستطيع أن يوجه اجراءات التطهير إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، وهم أصحاب الحقوق العينية التبعية، ومنهم الدائن المرتهن رهن حيازة ، ويعرض عليهم قيمة العقار ، فإذا قبلوا العرض صراحة أو ضمنًا ، فإن الأمر ينتهى بتطهير العقار من كل حق مقيد ، بما فى ذلك الرهن الحيازى ، متى قام الحائز بدفع الديون فى حدود ما عرضه من قيمة أو أودع هذه القيمة خزينة المحكمة، ويترتب على ذلك انقضاء الرهن الحيازى بالتطهير ، ولو لم يحصل الدائن المرتهن على حقه كاملاً ، لأن ملكية العقار تستقر نهائيًا للحائز خالصة من كل حق مقيد .

---

(١) محمد كامل مرسى بص ٣٨٢ .

(هـ) انقضاء الرهن الحيازى بالبيع الجبرى :

يؤدى البيع الجبرى للعقار إلى تطهيره من جميع الحقوق المقيدة عليه بما فى ذلك الرهن الحيازى ، حيث يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع ، وأخبروا بتاريخ جلسته ، ولا يبقى لهؤلاء إلا حقهم فى الثمن ، وعلى ذلك ينقضى الرهن الحيازى على العقار بالبيع الجبرى ، ولو لم يستوف الدائن المرتهن كامل حقه بسبب مزاحمة دائنين آخرين أصحاب حقوق عينية تبعية على نفس العقار ، نافذة فى مواجهته .

أما بالنسبة للمنقول ، فإن البيع الجبرى لا يطهره من الرهن الحيازى ، ويجوز للمرتهن أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه ، إلا إذا كان البيع قد تم بناء على طلبه أو طلب دائن آخر مرتهن ، أو صاحب حقه ، إلا إذا كان البيع قد تم بناء على طلبه ، أو طلب دائن آخر مرتهن أو صاحب حق امتياز متقدماً على الدائن المرتهن رهن حيازة .

(و) انقضاء حق الرهن الحيازى بفسخ عقد الرهن :

ينقضى حق الرهن بصفة أصلية إذا انفسخ العقد المنشئ له . وينفسخ العقد، طبقاً للقواعد العامة، إذا خل أحد أطرافه بالتزاماته التعاقدية . فإذا أخل الراهن بضملن سلامة الرهن ، جاز للمرتهن فسخ العقد والمطالبة بأداء الدين فوراً . وينفسخ العقد كذلك فى حالة اخلال المرتهن بالتزامه بالمحافظة على الشئ المرهون وصيانته .

---

(١) Kornmann, la subsititution de garantie, J.C.P. 1988, p. 726.

الباب السادس
حقوق الامتياز

تناول التقنين المدنى حقوق الامتياز فى الباب الرابع من الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية ، وقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : الأحكام العامة لحقوق الامتياز .

الفصل الثانى : أنواع الحقوق الممتازة .

وهذا ما سنعرض له على التوالى فى المبحثين التاليين :

الفصل الأول
الأحكام العامة فى حقوق الامتياز

المبحث الأول
تعريف وخصائص حق الامتياز

يعرف المشرع حق الامتياز بقوله : « الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » (1) .

يتضح من هذه التعريف أن حق الامتياز يتسم بعدة خصائص هى :

١- الامتياز حق من حقوق الضمان ، لأنه ينشأ لضمان استيفاء الحق الشخصى ، فهو حق تبعى ، لا يتقرر مستقلاً لذاته ، شأنه فى ذلك شأن سائر التأمينات ، بل يستند فى قيامه واستمراره إلى حق شخصى لتأمين الوفاء به .

ويترتب على صفة التبعية أن الامتياز تكون له نفس الصفة التجارية أو المدنية للحق المضمون به . ويعتبر الامتياز من توابع الحق المضمون ينشأ بنشأته، وينقضى بانقضائه ويعود بعودته .

٢- يختلف الامتياز عن سائر التأمينات الأخرى ، فى أن مصدره القانون ، أى أنه تأمين قانونى مقرر بحكم القانون ، فهو لا ينشأ باتفاق بين الأفراد ، أو بحكم من القاضى . فمن المقرر أنه : لا يكون للحق امتياز إلا

---

(1) م١١٣٠/١ مدنى .

الامتياز لا يقرر إلا بنص فى القانون . اشتراطه فى العقد عدم الاعتداد به . نقض ١٩٦٤/٥/٢١ س١٥ ص ٧٠٦ ، نقض ١٩٨٧/٤/٩ طعن ٤١١ س ٥٣ق .

وقضى أيضاً بأن حق الامتياز لا يقرر إلا بمقتضى نص فى القانون . وقد قرر المشرع الامتياز لبعض ديون عينها لاعتبارات خاصة فيها تبرر ذلك . نقض ١٩٨٤/١٢/١٣ طعن ٦٠ س٤٢ق .

بمقتضى نص فى القانون (1) . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز القول بوجود امتياز فى غير الحالات التى ينص القانون فيها صراحة على تقريره . ولا يجوز أن يتفق المدين مع الدائن على تقديمه على غيره من الدائنين ، إلا أنه يجوز للدائنين الاتفاق فيما بينهم على تقديم أحدهم ، ويمكن أن يتنازل الدائن عن امتيازه .

وقد وردت النصوص المقررة للحقوق الممتازة على سبيل الحصر ، حيث تشكل استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بالتسوية بين الدائنين، لذا لا يجوز القياس عليها ، أو التوسع فى تفسيرها . وتوجد هذه النصوص إما فى القانون المدنى سواء فى الباب المخصص لحقوق الامتياز أو فى مواضع أخرى ، وإما فى قوانين خاصة غير المجموعة المدنية . كما سنرى عند استعراض هذه الحقوق فى المبحث الثانى .

٣- حق الامتياز ، كسائر الحقوق العينية التبعية ، غير قابل للتجزئة ، بمعنى أن كل جزء من الشئ يبقى ضامناً لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل الشئ ، وعلى هذا فإن الامتياز يبقى على كل الشئ المحمل به ما بقى جزء من الدين الممتاز لم يتم الوفاء به .

٤- يرد حق الامتياز على العقار وعلى المنقول ، كما يرد على الأموال العقارية والمنقولة معاً أى على مجموع أموال المدين ، باستثناء الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ، وتلك التى لا يجوز بيعها بالمزاد استقلالاً .

٥- يقرر المشرع الامتياز ، لاعتبارات تتعلق بالدين ، ولا تتصل بشخص الدائن ، فالحق هو الممتاز لا الدائن ، ذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق، والقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق التى تقتضى طبيعتها أن تكون ممتازة . ولا يمكن انكار أثر صفة الدائن على صفة الدين وجعله أولى بالرعاية.

---

(1) م ١١٣٠ مدنى .

وتختلف الاعتبارات التى تملى تفضيل بعض الديون على غيرها ، فقد تتعلق بالمصلحة العامة، كامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وقد تكون ذات طبيعة انسانية أو اجتماعية ، كامتياز أجور العمال وامتياز النفقة ، وقد تتعلق بالعدالة ، كامتياز البائع ، حيث يملى الشعور بالعدالة أن يتقدم فى استيفاء حقه من ثمن الشئ المبيع ، وامتياز مصروفات الحفظ والترميم على ثمن المنقول الذى أنفقت لحفظه أو ترميمه . وقد تتعلق بالاعتبارات السياسة الاقتصادية كما هو الحال بالنسبة لامتياز المؤجر .

ويترتب على تقرير صفة الامتياز للدين لا الدائن بقاء تلك الصفة ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلى بناء على حوالة أو وفاء مع الحلول ، إلا أنه يجب أن يكون هناك حلول اتفاقى أو قانونى حتى يستفيد من يحل محل الدائن بالامتياز فى رجوعه بما أوفى ، ولا يكفى مجرد قيام الغير بالوفاء بالدين الممتاز ، وعلى ذلك فإن من يقرض المدين ليفى بالدين الممتاز لا يستطيع أن يدعى أنه ممتاز فى استيفاء ما أقرض .

٦- يخول الامتياز لصاحبه أولوية استيفاء حقه من المال المحمل به ، أى سلطة التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الشئ الذى يرد عليه الامتياز ، على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة (١) .

أما بالنسبة لسلطة التتبع فهى قاصرة على الامتياز الخاص الذى يرد على شئ معين بالذات ، دون الامتياز العام الذى يرد على كل أموال المدين ، كما سنرى حالاً .

---

(١) ولا يرد حق الامتياز إلا على أموال المدين ، ومن ثم لا يصح توقيع الحجز إلا على ما هو مملوك للمدين. نقض ١٩٧٣/١/٣ س ٢٤ ص٩ .

وقد قضى بأنه متى اكتسب الحائز بالتقادم ملكية أطيان عليها حق امتياز مقرر قبل بدء سريان التقادم فإنه يكتسب الملكية مثقلة بهذا الحق الذى يبيح لصاحبه حق التتبع واتخاذ اجراءات التنفيذ . نقض ١٩٧٥/٥/١٢ س ٢٦ ص ٩٦٧ .

المبحث الثانى
أقسام حقوق الامتياز

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين (١) .

يتضح من النص أن هناك أقسام ثلاثة من حقوق الامتياز :

(أ) حقوق امتياز عامة :

وترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ، ولا تقع على شئ معين بالذات ، ومثالها امتياز النفقة و امتياز المبالغ المستحقة للاجراء .

وهذه الحقوق لا تخضع للشهر حتى ولو كان محلها عقاراً ، ولا يثبت فيها حق التتبع ، فليس للدائن صاحب الامتياز العام أن يتتبع أى مال من أموال مدينه ، ذلك أن امتيازه لا يثقل مالاً معيناً ، بل يرد على كل أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ .

ويقتصر أثر الامتياز العام على تخويل الدائن سلطة استيفاء حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة . وحقوق الامتياز العامة الواردة على عقار ، بالرغم من عدم شهرها ، وعدم ثبوت حق التتبع فيها ، فإنها تسبق فى المرتبة كل امتياز عقارى آخر أو أى حق مقيد مهما كان تاريخ قيده (٢) .

لذا يذهب الفقه إلى نفى الصفة العينية عن هذه الحقوق(٣) ، إذ هى لا تعتبر حقوقًا عينية بالمعنى الصحيح لأنها لا ترد على مال معين بل على مجموع أموال المدين التى تكون فى ذمته وقت التنفيذ الجبرى ،

---

(١) م ١١٣٢ مدنى .

(٢) م ١١٣٤ مدنى .

(٢) Marty, Raynaud et Jestaz, n. 259.

وهى لا تمنح صاحبها حقًا فى تتبع أموال المدين ، ومن ثم فإن حقوق الامتياز العامة أقرب ما تكون مجرد وصف فى بعض الحقوق التى تضمنها ، تتقدم بمقتضاه هذه الحقوق على غيرها فى الوفاء .

(ب) حقوق امتياز خاصة على منقول معين :

كامتياز المؤجر وامتياز بائع المنقول ، وهو تأمين عينى على منقول ، يخول صاحبه أولوية استيفاء حقه من ثمن هذا المنقول ، أى التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، ويستطيع أن يتتبع المنقول المحمل بالامتياز فى أى يد يكون ، لأن الامتياز الخاص الوارد على المنقول ينفذ فى مواجهة الغير دون حاجة إلى قيده ، فالقيد مطلوب فقط بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة التى ترد على عقار .

ولكن نظراً لأن الدائن لا يحوز المنقول المحمل بالامتياز ، فإن هذا الامتياز يكون عرضة للضياع ، حيث تتعطل كثيراً ميزة التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فلا يحتج بحق الامتياز على حائز المنقول بحسن نية ، فلو باع المدين المنقول إلى مشترى حسن النية يجهل أن المبيع محمل بحق امتياز ، كان للمشترى الذى تسلمه أن يتملكه خالياً من هذا الامتياز ، ولا يستطيع الدائن الاحتجاج ضده بهذا الامتياز ، وليس له أن ينفذ بحقه على هذا المنقول .

فمن المقرر أنه « لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » . وقد أورد النص مثلين لذلك : ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه . فإذا اشترى المستأجر منقولاً ولم يدفع ثمنه ، وأدخله فى العين المؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر[1] .

---

(١) النص فى المادة ١١٣٣ من القانون المدنى على أنه « لا يحتج بحق الامتياز من حائز المنقول بحسن نية ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى =

وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل فى أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق . ويعد ذلك تطبيقاً للحكم العام الوارد فى المادة ٩٧٦ التى تقرر أنه إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليًا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها .

ويتبين من ذلك أن حق الامتياز الخاص على منقول معرض للضياع وللتبديد كثيراً ، لذلك أجاز المشرع ، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز أن يطلب وضعه تحت الحراسة [١] .

(جـ) حقوق الامتياز الخاصة على عقار معين :

وتخضع لأحكام الرهن الرسمي بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد ومحوه من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو [٢] .

ويترتب على ذلك وجوب قيد الامتياز العقارى وتجديد هذا القيد كل عشر سنوات بنفس طريقة الرهن الرسمي ، حتى يكون نافذاً فى مواجهة الغير،

= المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ... » مفاده أن جميع حقوق الامتياز سواء كانت امتياز عامة فى جميع أموال المدين أم كانت حقوق امتياز خاصة على منقول معين ، لا يحتج بها على الحائز حسن النية لأنه بالاضافة إلى أن عبارة (حق الامتياز) جاءت بهذا النص عامة دون تخصيص فإن هذا النص فى الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدنى الخاص بالأحكام العامة فى حقوق الامتياز ، هذا فضلاً عن أن هذا النص قصد به تغليب قاعدة الحيازة بحسن نية على حق الامتياز سواء كان خاصاً أو عاماً . وإذ كانت المادة ١٢٤ من القانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ تنص على أن المبالغ المستحقة للهيئة الطاعنة - للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية يكون لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، فإن ذلك لا يعنى أنه يحتج بها على الحائز حسن النية شأنها فى ذلك شأن سائر حقوق الامتياز سواء كانت عامة أو خاصة . (طعن رقم ١٢٦٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٠/٥/١٩٧٩) .

(١) م ٣/١١٣٣ مدنى .

(٢) م ١/١١٣٤ مدنى .

وتحسب مرتبته من وقت القيد ، ويجوز تطهيره .

ويخول الامتياز العقارى صاحبه سلطة استيفاء حقه من ثمن العقار بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، وله كذلك سلطة تتبع العقار محل امتيازه فى أى يد يكون طالما كان هذا الامتياز نافذاً فى مواجهة الغير ، ويتحقق ذلك إذا كان قد تم قيده وروعى تجديده .

« إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشهر ، وهى حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار ، ولذلك لا يثبت فيها حق التتبع ، وكذلك حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، وهو حق يقترن بالتتبع ، ومع ذلك لا يشهر لتفاهته ، أى أن حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة لا تخضع لأحكام الشهر بالرغم من كونها حقوق امتياز عقارية خاصة ، تخول ميزة التتبع ، والسبب فى اعفائها من الشهر هو ضآلة قدر الدين الممتاز ، وإن كان هذا التعليل الذى أوردته المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى - يخفى فى الواقع ، اعتبارات عملية روعيت فيها مصلحة الدولة » .

وحقوق الامتياز العقارية التى لا تشهر تسبق فى المرتبة كل امتياز عقارى آخر ، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة يسبق فى المرتبة حقوق الامتياز العامة ، وتستوفى حقوق الامتياز فيما بينها بنسبة كل منها .

المبحث الثالث
مرتبة الامتياز

القانون هو الذى ينص على حقوق الامتياز ، ويحدد بالتالى مرتبة كل منها . وقد قام القانون المدنى فعلاً بتحديد مراتب الحقوق الممتازة التى وردت فيه . أما الحقوق الممتازة التى ترد فى قوانين خاصة ، فإن هذه القوانين هى التى تحدد مرتبتها بالنسبة لسائر الحقوق .

وإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان الحق متأخراً

فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب [1] . أى أنه إذا أغفل القانون المنشئ لحق الامتياز تحديد مرتبته ، فإن هذا الامتياز يأتى متأخراً فى المرتبة عن جميع الحقوق الممتازة الواردة فى الباب الخاص بحقوق الامتياز فى القانون المدنى .

وبالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار ، فهى كالرهن الرسمى يجب فيها الشهر ، وتتحدد مرتبة كل منها بتاريخ الشهر . فقد أوجب المشرع شهر هذه الحقوق – باستثناء امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على العقار – عن طريق القيد ، وجعل مرتبتها من وقت القيد [2] . وتحكم الأسبقية فى القيد مرتبة هذه الحقوق بالنسبة لسائر الحقوق المقيدة على العقار، وعلى ذلك فإذا كان العقار محملاً بأكثر من حق امتياز ، أو بحق امتياز وحق رهن أو اختصاص ، فإن العبرة فى المفاضلة بين تلك الحقوق هى بوقت القيد، فالحق الأسبق فى القيد يتقدم فى المرتبة على غيره .

أما عن حقوق الامتياز العامة فتتقدم على غيرها من الحقوق الأخرى حتى ولو كانت مضمونة بتأمين عينى ، فهى تسبق فى المرتبة كل امتياز عقارى آخر ، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة يسبق فى المرتبة حقوق الامتياز العامة ، إلا أن هذه الحقوق لا تخول صاحبها سلطة تتبع العقارات التى ترد عليها لأنها لا ترد على عقار بعينه بل على كل عقارات المدين ، وهى لا تخضع للشهر .

وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك [3] . فقد تتعدد حقوق الامتياز على نفس الشئ ، وتكون كلها فى نفس المرتبة ، كما فى حالة الأجر ، وثمن توريد المأكل والملبس ، والنفقة . فإذا تزاحم أصحاب هذه الحقوق الممتازة ذات المرتبة الواحدة ، فإنها تستوفى فيما بينها بنسبة قيمة كل منها .

---

(١) م ١/١١٣١ مدنى .

(٢) م ١١٤٧ مدنى .

(٣) م٢/١١٣١ مدنى .

المبحث الرابع
انقضاء حقوق الامتياز

ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ، ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك (١) .

ويقصد بهذه الاحالة العامة أن حق الامتياز الوارد على عقار ينقضى بنفس الطرق التى ينقضى بها الرهن الرسمى . وينقضى حق الامتياز على المنقول بما ينقضى به الرهن الحيازى . أما حقوق الامتياز العامة التى ترد على جميع أموال المدين من عقار أو منقول فتنقضى بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون .

ويمكن القول بأن حق الامتياز ، بصفة عامة ، ينقضى بطريقة تبعية ، إذا انقضى الالتزام الأصلى بسبب من الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات ، كما لو انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بغيره كالابراء ، وينقضى حق الامتياز بطريقة أصلية بنزول الدائن عن حقه أو بهلاك الشئ محل الامتياز أو باتحاد الذمة .

وينقضى حق الامتياز العقارى بالتطهير الاختيارى والبيع الجبرى ، حيث يترتب على تسجيل حكم ايقاع البيع أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز ، متى كان الدائنون الممتازون قد أُعلنوا بقائمة شروط البيع وأُخبروا بتاريخ جلسته (٢) .

وبالنسبة لحالة هلاك الشئ المثقل بالامتياز أو تلفه ، فإنه يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه (٣) .

---

(١) م ١١٣٦ مدنى .

(٢) م ٤٥٠ مرافعات .

(٣) م ١١٣٥ مدنى . ما سبق ص ٢٨٢ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ .

فإذا هلك محل الامتياز بخطأ المدين كان الدائن بالخيار بين استيفاء الدين أو طلب تأمين آخر ، فالدائن يستطيع أن يطلب الوفاء بحقه أو يطلب تقديم تأمين آخر ينتقل إليه حق الامتياز . أما إذا وقع الهلاك بسبب أجنبى (قضاء وقدراً) ، كان الخيار للمدين ، حيث يمكنه أن يفى بالدين قبل ميعاده ، أو يقدم تأميناً آخر ينتقل إليه حق الامتياز . وهى نفس أحكام الرهن الرسمى .

« ويلاحظ أنه إذا ترتب على هلاك محل الامتياز نشوء حق للمدين كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن نزع ملكية ، فإنه يكون للدائن الممتاز أن يستوفى حقه من هذه المبالغ بمقتضى امتيازه ، أى بالأولوية على غيره » .

الفصل الثانى
أنواع الحقوق الممتازة

قسم القانون المدنى حقوق الامتياز إلى مجموعتين :

تضم الأولى حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول .

وتضم الثانية حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار .

هذا إلى جانب حقوق الامتياز الأخرى الواردة فى غير الباب الرابع من القانون المدنى .

ونعرض لهذه الحقوق فى المباحث التالية :

المبحث الأول
حقوق الامتياز العامة
وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

بيان هذه الحقوق :

عرض المشرع لحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول تحت عنوان واحد ، وقد أوردها بحسب المرتبة التى يقررها لكل حق ، وهى بالترتيب : امتياز المصروفات القضائية ، امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، امتياز حفظ المنقول وترميمه ، حقوق الامتياز العامة وتضم الأجور والتوريد والنفقة ، امتياز مصروفات الزراعة والآلات الزراعية ، امتياز مؤجر العقار ، امتياز صاحب الفندق ، امتياز بائع المنقول ، وامتياز المتقاسم فى منقول .

المطلب الأول

امتياز المصروفات القضائية

« ١- المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال » .

« ٢- وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى ، بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى اجراءات التوزيع » (١) .

(أ) الحق الممتاز:

يتضح من النص السابق أن هناك شروطاً ثلاثة حتى تكون المصروفات القضائية مضمونة بهذا الامتياز .

١- يجب أن نكون بصدد مصروفات أنفقت فى حفظ أموال المدين ، أو بيعها أو توزيع ثمنها . والمقصود بالحفظ هنا هو الحفظ القانونى الذى يمهد لتوزيع الثمن على الدائنين . أى المبالغ التى يتم انفاقها فى الاجراءات القانونية التى وضعها القانون لحفظ أموال المدين . كنفقات الحجوز التحفظية ، والحراسة ، ووضع الأختام والجرد ، واجراءات التنفيذ على هذه الأموال ، كالحجز التنفيذى ، واجراءات نزع الملكية والتوزيع ، ويدخل فى تلك المصروفات كذلك دعوى الافلاس واجراءاته ، ونفقات تصفية التركة ، والدعوى البوليصية ، والدعوى غير المباشرة ، وأتعاب المحامين .

وترتيباً على ذلك لا تعتبر من المصروفات القضائية المبالغ التى تنفق على حفظ أموال المدين مادياً من التلف أو الهلاك ، لأن هذه المصروفات يضمنها امتياز مصروفات الحفظ والترميم .

---

(١) م ١١٣٨ مدنى .

٢- يجب أن تكون المصروفات قد أنفقت في اجراءات تمت تحت اشراف القضاء ، أو على يد أعوان القضاء كالمحضرين وكتاب الجلسات والحراس القضائيين ومصفى التركات والشركات والخبراء ، فلا يدخل فى المصروفات الممتازة ما يتم انفاقه على تصفية أموال المدين بطريقة ودية ، بغير تكليف صادر من كل ذوى الشأن .

٣- يجب أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة ، أى لمصلحة جميع الدائنين الذين يحتج عليهم بهذا الامتياز ، فإذا لم يكن لدائن معين ، أو لبعض الدائنين ، مصلحة فى المصروفات ، لا يحتج عليه أوعليهم بالامتياز المقرر لها . وعلى ذلك لا تدخل فى الامتياز المبالغ التى تنفق لمصلحة خاصة بدائن معين ، كنفقات المطالبة القضائية للحصول على سند تنفيذى ضد المدين ، ومصروفات تحقيق الدين الخاص به ، ومصروفات اجراءات التفليس والاعسار التى لا يستفيد منها سوى الدائنين العاديين دون المرتهنين . والقاعدة أن الدائن يستوفى هذه المصروفات الخاصة به بنفس الطريقة التى يستوفى بها حقه وبنفس درجته .

« أما مصروفات الاجراءات التى يقوم بها أحد الدائنين ، والتى أدت إلى حفظ الضمان العام للدائنين ، كدين المدين على آخر ، فيعتبر من الحق الممتاز ، ولا يشترط أن تكون هذه الاجراءات قد اتخذت بناء عل طلب أحد الدائنين ، فيجوز أن تكون قد اتخذت بناء على طلب أحد شركاء المدين ما دام أنها قد عادت بالفائدة على الدائنين » .

ويضمن الامتياز المبالغ السابقة أيًا كان من أنفقها ، فقد يكون أحد الدائنين ، أو شخص آخر كالحارس القضائى أو السنديك أو الخبير أو المصفى، وقد تكون تلك المبالغ لا زالت مستحقة للخزانة العامة . وإذا أنفق الدائن هذه المصروفات ، فإن امتيازه يقتصر عليها، لذا فهو يستوفيها قبل حقه الأصلى (١) .

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٥٩٠ .

(ب) محل الامتياز:

إن محل الامتياز هو الثمن الذى رسا به المزاد عند بيع أموال المدين ، أى أن الامتياز يرد على ثمن الأموال التى أنفقت هذه المصاريف فى حفظها وبيعها . فالامتياز إذن يقع على منقول يتمثل فى الثمن ، سواء نتج من بيع منقول أو عقار أو مجموع أموال المدين منقولة وعقارية . وهو قد يكون خاصاً إذا كان التنفيذ على أعيان محددة ، عقاراً كانت أو منقولاً ، وقد يكون عاماً إذا بيعت كل أموال المدين . المهم أن الامتياز لا يرد على هذه الأموال ذاتها بل على ثمنها .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز المصروفات القضائية المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز ، ويتقدم على سائر الحقوق العينية التبعية الأخرى ، إذ تستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى أو حق اختصاص، بشرط أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت لمصلحة جميع الدائنين بما فيهم أصحاب التأمينات العينية .

وإذا تعددت المصروفات القضائية بأن كانت هناك مصروفات لحفظ أموال المدين، وأخرى لبيعها وثالثة لتوزيعها ، فإن المصروفات التى أنفقت فى حفظ الأموال وبيعها تتقدم على المصروفات التى أنفقت فى اجراءات التوزيع ، أما إذا تزاحمت مصروفات الحفظ والبيع ، فإنها تكون متساوية فيما بينها ، وكذلك يتساوى الدائنون بنفقات التوزيع فيما بينهم .

المطلب الثانى

امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

« ١- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن » .

« ٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية

يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية »[1] .

والحكمة من تقرير هذا الامتياز هى المصلحة العامة لأن هذه المبالغ تدخل فى تكوين ايرادات الدولة والتى تعتمد عليها فى النهوض بعبء النفقات العامة فى الجماعة .

(أ) الحق الممتاز:

يتمثل الحق الممتاز فى كل ما يستحق للدولة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى ، أياً كان نوعها ، ويتوقف الأمر على صدور قانون أو لائحة أو قرار يحدد المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وصفتها الممتازة . فالمبالغ المستحقة للدولة لا تكون ممتازة إلا إذا تقرر لها الامتياز فى القانون الخاص بها ووفقاً لنصوصه ، أى أن الضرائب والرسوم يتقرر لها الامتياز بمقتضى القوانين الخاصة بها ، ووفقاً للشروط المنصوص عليها فى هذه القوانين [2] .

(ب) محل الامتياز:

يتحدد محل الامتياز طبقاً للتشريع الذى يقرره ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ليس له محل محدد ثابت ، بل أن هذا المحل يتغير تبعاً للمبالغ التى يضمنها الامتياز .

فقد يكون هذا الامتياز عاماً يرد على جميع أموال المدين من عقار ومنقول ، كالضريبة على الايراد العام ، وعلى الأرباح التجارية والصناعية، والضريبة على ايرادات رءوس الأموال المنقولة ، وضريبة كسب العمل .

---

(١) م ١١٣٩ .

(٢) وقضى بأنه : يدل النص فى المادة ١١٣٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ، ومنها الضرائب تعتبر ديوناً ممتازة، وتثبت لها هذه المرتبة وفقاً للشروط والأوضاع والأحكام المقررة بموجب القوانين واللوائح المنظمة لكل منها والصادرة فى شأنها . (الطعن رقم ١٤٢١ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦) .

وقد يكون الامتياز خاصًا يقع على مال معين من أموال المدين ، هذا المال يمكن أن يكون منقولاً ، كالامتياز المقرر للرسوم الجمركية على الأشياء المنقولة المستحقة عنها هذه الرسوم . ويمكن أن يكون المال عقاراً ، كما فى حالة الامتياز المقرر لضريبة الأطيان الذى يقع على الأرض المقرر عليها الضريبة. وأخيراً فإن المال محل الامتياز يمكن أن يشمل المنقول والعقار فى نفس الوقت ، كما هو الحال بالنسبة لضريبة المبانى حيث تقع على أجرة هذه المبانى وايراداتها وعلى المبانى نفسها إذا لم يكف الإيراد والأجرة .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يأتى امتياز الخزانة العامة فى المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية مباشرة ، وهو يتقدم على جميع الحقوق الأخرى ولو كانت ممتازة أو مضمونة برهن ، وعلى هذا يتم استيفاء المبالغ المضمونة بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والمرتهنين ، ولو كانت حقوقهم مقيدة قبل نشوء هذا الامتياز.

ويثبت لهذا الامتياز ، بالاضافة إلى ميزة الأفضلية ، ميزة التتبع ، حيث تستطيع الحكومة أن تتبع الأموال المقرر عليها فى أى يد وجدت ، حتى ولو كان هذا المال عقاراً ، رغم عدم وجوب شهر الامتياز (١) .

---

(١) وقضى بأنه : إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة - مصلحة الضرائب - أوقعت حجزاً عقارياً تنفيذياً على أطيان زراعية على اعتبار أنها مملوكة للمطعون عليه الثانى وأنه مدين لها بضريبة أرباح تجارية فأقامت المطعون عليها الأولى الدعوى الابتدائية بطلب الحكم بتثبيت ملكيتها لهذه الأطيان وشطب جميع الاجراءات والتسجيلات المتوقعة عليها واستندت فى دعواها إلى عقد بيع مسجل صادر لها من المطعون عليه الثانى فتمسكت الطاعنة - من بين ما تمسكت به - بأن دين الضريبة مضمون بحق الامتياز يرد على كافة أموال المدين من منقول وعقار وبأن حق الامتياز يخولها حق تتبع أموال المدين فى أى يد كانت وبأنه تأسيساً على ذلك تكون المطعون عليها الأولى غير محقة فى طلب الغاء الحجز العقارى وشطب التسجيلات ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا من الاشارة إلى هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فإنه يكون معيباً بالقصور مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص . (طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٢ س١٠ ص ٦٤) .

إلا أن حق التتبع قد يتعطل بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وذلك طبقاً للنص القاضى بأنه لا يحتج بالامتياز على من حاز المنقول بحسن نية (١) .

ولكن هل تثبت للدولة سلطة التتبع فى حالة الامتياز العام الذى يرد على مجموع أموال المدين ؟

ذهب البعض إلى الاجابة بالايجاب استناداً إلى عموم النص الذى يقرر بأن « تستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر (٢) .

ولكن الرأى الراجح الذى أخذت به محكمة النقض هو أن سلطة التتبع لا تثبت للخزانة العامة إلاإذا كان الامتياز المقرر لها خاصاً ، وارداً على عقار أو منقول ، أما إذا كان الامتياز عاماً يرد على كل أموال المدين ، فإنه لا يخول للخزانة العامة سوى سلطة الأولوية ، فلا يكون لها أن تتبع أموال المدين إذا خرجت من ملكه قبل التنفيذ عليها .

وترى المحكمة أن الضريبة عل الأرباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الايراد ، وحق الدولة فيها يضمنه امتياز عام يرد على كل أموال المدين بها ، تجرى فى شأنها ما نصت عليه المادة ١١٣٤ من أن حقوق الامتياز العامة « لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقاراً» ، ولا يغير من هذا الوضع ما نصت عليه الفقرة الثانية من الماة ١١٣٩ فى قولها « وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت » إذ هى مقيدة بما تقرره القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم (٣) .

---

(١) م ١/١١٣٣ مدنى .

(٢) م ٢/١١٣٩ مدنى .

(٣) فقد قضت بأن : النص فى المادة ١/٦٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الصادر بفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه – وعلى أنه « تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها=

المطلب الثالث

امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول

« ١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله » .

« ٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها ، فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها » (١) .

ويقوم هذا الامتياز على اعتبارات العدالة ، التي تقضي بتمكين من أنفق مصروفات في حفظ المنقول وترميمه من أن يستوفي هذه المصروفات بالأولوية على باقي الدائنين ، لأنه لولا هذه المصروفات لهلك الشيء ، وضاع على دائني مالكه .

= إلى الخزانة بحكم القانون » مما مؤداه تقرير حق امتياز عام لصالح مصلحة الضرائب وفاء للضرائب والمبالغ المستحقة لها قبل مدينها وذلك على أموال المدينين بها أو الملتزمين والنص في المادة ٢/١١٣٤ من القانون المدني على أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، وأنها تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده . (الطعن رقم ١٤٢١ س٥١ جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦) .

وقضت بأن مؤدى نص المادة ١١٣٩ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها الضرائب ، تكون ممتازة ، ويثبت لها هذا الامتياز إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها، وبالشروط والقيود التي تقررها هذه القوانين والأوامر ، بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ، ووجد قانون أو أمر يقضي بامتيازه تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال . (طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٧ س٢٣ ص ٩٤١) .

بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضي بامتيازه ، فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز . (طعن رقم ٧٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٧ س٢٤ ص٩٧٦).

(١) م ١١٤٠ مدني .

(أ) الحق الممتاز:

يتمثل الحق الممتاز فى المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وما يلزم له من ترميم ، ويقصد بها المصروفات الضرورية التى لولاها لهلك المنقول ، كلياً أو جزئياً ، أو أصبح غير صالح للاستعمال المعد له .

ويترتب على ذلك استبعاد المصروفات التى تنفق لتحسين الشئ أو المصروفات النافعة التى يقصد بها رفع قيمة الشئ وزيادة منفعته ، كنفقات طلاء السيارة أو كسوة مقاعدها ، ومصاريف نقل المنقول من مكان إلى آخر ، أو تحويله إلى صورة أخرى كتحويل القماش إلى ثياب أو صباغة الأقمشة أو تحويل المعدن الخام إلى أدوات ، والخشب إلى أثاث . فهذه المصروفات لا تكون ممتازة ، بل يكون للدائن بها الحق فى حبسها حتى يستوفى كامل حقه . ولا يدخل فى الامتياز مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية .

أما المصروفات الضرورية التى تنفق لمنع هلاك المنقول أو تلفه ، فتكون ممتازة ومثالها أجرة الساعاتى ومصلح السيارة ، وأجر البيطرى الذى قام بعلاج الحيوان ، وجميع المصروفات التى أنفقت لمنع المنقول من الضياع ، سواء تعلق الأمر بمنقول مادى أو معنوى ، حياً أو جماداً ، مثال ذلك المصروفات التى تنفق لانقاذ منقول من الحريق أو الغرق ، وما ينفقه الوكيل للمحافظة على دين موكله ، ومصروفات الحارس مقابل ادارة الأموال المسلمة إليه ، وأتعاب السنديك ومصفى التركة .

وتقدير ما إذا كانت المصروفات التى أنفقت على المنقول ضرورية من عدمه ، مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع على ضوء الظروف والملابسات التى يوجد فيها المنقول (١) .

ويثبت الامتياز للمصروفات التى أدت بالفعل إلى حفظ الشئ أو ترميمه، ولو لم تكن قد أنفقت لهذا الغرض ، فالعبرة بالنتيجة التى تحققت ، ولا أهمية لقصد من أنفقها ، وسواء انصرفت نيته إلى تحقيق هذه النتيجة أم لا . ويكون الامتياز لمن أنفق المصروفات بنفسه ، أو لمن قدمها لينفقها غيره سواء كان مالك المنقول أو شخصاً آخر .

---

(١) محمد كامل مرسى ، ص ٤٣٨ .

وأخيراً فإن الامتياز قاصر على المنقول ولا يشمل ما يتم انفاقه على حفظ وترميم العقار . « ولعل المشرع ، اكتفى فى العقارات ، بالامتياز المقرر للمهندس المعمارى والمقاول ، مع أن هذا الامتياز لا يكفى ، فى الواقع ، لسد النقص الذى نشأ عن حسر امتياز مصروفات الحفظ والترميم عن العقارات » ، لأن تلك المصروفات قد ينفقها شخص غير مهندس أو مقاول ، أضف إلى ذلك أن الامتياز المقرر لكل من المهندس والمقاول لا يضمن إلا مستحقاتهم شخصياً دون حقوق من يكلفهم بالترميم والصيانة ويدفع لهم أجرهم من ماله الخاص . ولا يكون للمبالغ المستحقة للمهندس والمقاول امتياز إلا بقدر ما يكون زائداً بسبب اعمالهم فى قيمة العقار وقت بيعه .

(ب) محل الامتياز:

يرد الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو رم ، لا ما زاد فيه بسبب الحفظ والترميم فحسب .

ويظل المنقول محملاً بالامتياز ، سواء وجد فى حيازة الدائن أو لم يوجد، بل وحتى لو انتقلت ملكيته إلى الغير ، اللهم إلا إذا توافرت شروط الأثر المسقط للحيازة ، بأن ينتقل المنقول إلى حائز حسن النية يتوافر لديه السبب الصحيح ، فهو عندئذ يكسب ملكيته خالية من الامتياز .

إلا أنه يشترط لبقاء الامتياز أن يظل المنقول الذى تم حفظه وترميمه محتفظاً بذاتيته ، فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن اندمج فى عقار فصار عقاراً بطبيعته ، أو تغير مادياً على نحو فقد معالمه الأصلية ، أو أصبح شيئاً آخر ، فإن الامتياز ينقضى ، ولكن الامتياز لا يزول إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يحتل هذا الامتياز المرتبة الثالثة بعد كل من المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة . فتستوفى المبالغ التى أنفقت فى حفظ المنقول وترميمه من ثمن هذا المنقول بعد المصروفات القضائية ومستحقات الخزانة العامة .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم ، فيقدم بعضها على بعض

بحسب الترتيب العكسى لتواريخ انفاقها ، فتقدم المبالغ التى أنفقت أخيراً على تلك التى أنفقت أولاً ، بحيث يستوفى الدائن المبالغ التى أنفقها أخيراً قبل أن يستوفى الدائن الآخر المبالغ التى أنفقها أولاً . والحكمة من ذلك أنه لولا انفاق المصروفات الأخيرة لهلك المنقول أو تلف ، ولما استطاع الدائن الذى أنفق مبلغاً قبل ذلك أن يستوفيه من ثمنه ، وفى ذلك تشجيع للشخص على أن ينفق على حفظ المنقول وترميمه مما يؤدى إلى الحفاظ على مصلحة كل من المدين والدائنين .

المطلب الرابع

حقوق الامتياز العامة

« ١- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس فى الستة أشهر الأخيرة .

(جـ) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

٢- وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها [١] .

جمع المشرع فى هذا النص حقوقاً ثلاثة ، تتفق فى أنها امتيازات عامة ترد على جميع أموال المدين ، فهى تشترك فى المحل والمرتبة ، إلا أن هناك فوارق تفصل بينها من حيث شروط وأحكام كل منها .

---

(١) م ١١٤١ مدنى .

أولاً : حقوق الاجراء :

قرر المشرع امتيازاً للأجور مراعاة للاعتبارات الانسانية ، لأن العامل أو الأجير يعيش على ما يكسبه من عمله ، وحتى يضمن له الحصول على أجره فى حالة اعسار رب العمل ، وذلك بتجنيبه مزاحمة باقى الدائنين [1] .

ويشترط للتمتع بهذا الامتياز عدة شروط :

١- يضمن الامتياز الأجر الذى يتقاضاه كل من يعمل لحساب شخص آخر وتربطه به رابطة التبعية ، أى يعمل لحساب رب العمل وتحت ادارته واشرافه مقابل أجر معلوم ، فيشترط اذن أن يكون الدائن أجيراً ، ويدخل فى ذلك الخادم والطاهى والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربى الأطفال والوكيل المأجور الذى يتلقى تعليماته من الموكل ، والكاتب والعامل . ولا يهم نوع العمل الذى يقوم به أو مجاله (زراعة أو صناعة أو تجارة أو منازل) ، ولاتهم الوحدة الزمنية التى يقدر على أساسها الأجر ، وما إذا كان الأجير يعمل لدى رب العمل فقط أو عند عدة أشخاص، ويشمل كذلك الممثل والموسيقى والمدرس طالما يرتبط كل منهم بعقد عمل لدى رب العمل .

وعلى عكس ذلك لا يشمل هذا الامتياز الأجير الذى لا يرتبط برابطة التبعية بصاحب العمل ، كالشريك أو المقاول .

٢- يقتصر الامتياز على ضمان ما يستحقه الأجير عن عمله فقط من أجر أو راتب أياً كان نوعه ، وكل ما يقدمه صاحب العمل للعامل مقابل عمله، كالمكافآت وعلاوات الغلاء والنسب المئوية من المبيعات والبدلات .

ولا يدخل فى ذلك الحقوق الأخرى التى قد يستحقها الأجير ، كالتعويض عن الفصل التعسفى ، ومكافأة نهاية الخدمة ، أو المبالغ التى ينفقها لصالح رب العمل ، أو القروض التى يقدمها له .

٣- لا يضمن الامتياز سوى الأجر المستحق عن الستة الأشهر الأخيرة ، أى السابقة على تصفية أموال صاحب العمل نتيجة الوفاة أو الاعسار أو

---

(١) م ٣٠٩ مرافعات .

الافـلاس ، أما ما يزيد على ذلك فيعتبر ديناً عادياً ولا يدخل فى الامتياز .

تعديل قانون العمل للأحكام السابقة :

جاء قانون العمل ليقرر امتيازاً ، للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى هذا القانون ، على جميع أموال صاحب العمل ، وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم [1] .

فالامتياز المقرر فى قانون العمل أوسع نطاقًا من ذلك المقرر فى القانون المدنى لأن الأول يشمل كل ما يستحقه العامل قبل صاحب العمل ، بما فى ذلك الأجر والتعويض عن الفصل ومكافأة نهاية الخدمة أو ما أعطاه لرب العمل من قروض أو ما أنفقه من ماله الخاص فى قيامه بعمله ، ويضمن كذلك كل الأجر المستحق للعامل حتى لو زاد عن أجر ستة شهور .

ولكن هذا الامتياز قاصر على من يخضع لقانون العمل ، أما من يخرج عن نطاق تطبيق هذا القانون فلا يستفيد من الامتياز ، ويطبق عليه حكم القانون المدنى ، وذلك كخدم المنازل .

ثانياً حقوق الموردين :

ويشترط للتمتع بهذا الامتياز عدة شروط :

١- أن تكون المبالغ مستحقة عما تم توريده من مأكل وملبس ، كالخبز واللحوم والخضار وغيرها ، والأقمشة والملابس . ولا يدخل فى ذلك كل الحاجيات الأخرى ولو كانت ضرورية كالأدوية ومواد التدفئة ، والغسيل .

٢- يجب أن يكون توريد المأكل والملبس للمدين بقصد استهلاكها ، أى أن يقوم المدين باستعمالها شخصياً هو أو من يعولهم سواء أفراد أسرته أو أقاربه أو خدمه ، أما إذا كان توريد هذه الأشياء بقصد الاتجار فيها ، فإن المبالغ المستحقة عن هذا التوريد لا تكون مضمونة بهذا الامتياز .

٣- يجب أن يتم توريد المأكل والملبس ممن يتجرون فيهما ، فإذا استورد

---

(١) م ٤١ عمل .

المدين مأكولات وملابس من التجار ، فإن ثمنها يكون ممتازاً ، « أما إذا استوردها المدين ممن لا يتجر فيهما فلا يكون ثمنها حقاً ممتازاً له، لأن حكمة الامتياز هى ايجاد الثقة فى المدين لدى موردى هذه الحاجيات الضرورية حتى يسهل عليهم أن يمدوه بها إذا لم يكن فى وسعه دفع ثمنها فوراً ، ولا تتوافر هذه الحكمة فى حالة الشراء من غير التجار ».

٤- يقتصر الامتياز على المبالغ المستحقة فى حدود الستة الأشهر الأخيرة فقط ، أى السابقة على التنفيذ على أموال المدين فى حالة الوفاة أو الاعسار أو الافلاس ، أما ما يزيد عن تلك المدة ، فلا تكون مبالغ ممتازة .

ويجدر الاشارة إلى أن هذه الديون تتقادم بمرور سنة بشرط حلف المدين اليمين على أنه أداها (١) .

ثالثاً : النفقة المستحقة لأقارب المدين :

يشمل الامتياز النفقة المستحقة لأقارب المدين ، أياً كانت درجة قرابتهم ويجمع الفقه على أخذ لفظ الأقارب بمعناه العام والواسع بحيث يشمل الزوجة كذلك .

والحكمة من تقرير هذا الامتياز هو الاعتبارات الانسانية التى توجب الوفاء بهذه النفقة لأن أصحاب الحق فيها يتعيشون منها .

والامتياز مقرر لما هو مستحق من نفقة عن الستة الأشهر الأخيرة ، فإذا زادت النفقة عن ذلك ، كان الامتياز قاصراً على هذه المدة ، وما يزيد عن ذلك يعتبر ديناً عادياً .

ولا يكون دين النفقة ممتازاً إلا بعد نشوئه ، سواء بالتراضى عليه ، أو بحكم القضاء .

محل حقوق الامتياز العامة :

ترد الامتيازات العامة الثلاثة السابقة على كل أموال المدين من عقار أو منقول ، بما فى ذلك أموال المدين المعنوية ، كحقوق التأليف والاختراع ، ما

---

(١) م ٣٧٨ مدنى .

دامت قابلة للحجز عليها . ويجوز استعمال هذه الامتيازات على مجموع أموال المدين حال تصفيتها ، أو على بعض هذه الأموال ، منقولاً كانت أو عقاراً ، عند التنفيذ عليها منفردة .

مرتبة حقوق الامتياز العامة :

تأتى حقوق الامتياز العامة الثلاثة فى المرتبة الرابعة ، بعد المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات الحفظ والترميم .

وإذا تعددت حقوق الامتياز العامة ، وتزاحمت فيما بينها ، فإنها تتساوى فى المرتبة ، وتستوفى كلها بنسبة كل منها . كما إذا تزاحم امتياز بدين أجر مع امتياز بدين نفقة أو مأكل أو ملبس ، فإنه يتم توزيع الثمن بنسبة قيمة كل منها .

وحقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولو كان محلها عقاراً ، لذا فهى تخول صاحبها حق التقدم والأولوية فى استيفاء الدين المضمون ، ولا تخوله حق تتبع أموال المدين إذا انتقلت إلى الغير .

ولكن هذه الحقوق تتقدم على أصحاب الحقوق العينية التبعية الأخرى المقيدة على العقار محل الامتياز أيًا كان تاريخ قيد هذه الحقوق ، ولذلك فهى تتقدم على الدائنين أصحاب الرهن الرسمى والرهن الحيازى والاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة العقارية .

المطلب الخامس

امتياز نفقات وآلات الزراعة

« ١- المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب ، والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى انتاجه وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر .

٣- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات (١) .

يقرر النص حقين من حقوق الامتياز لهما نفس المرتبة ، وهما امتياز مصروفات الزراعة ، وامتياز آلات الزراعة ، نعرض لكل منهما على التوالى :

(أ) امتياز مصروفات الزراعة :

-يتمثل الحق الممتاز لهذا الامتياز فى المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد من حرث ورى وجنى وتطهير الترع ، وأجرة العمال الزراعيين والآلات والحيوانات المستخدمة فى اتمام هذه الأعمال .

ويدخل فى ذلك أيضًا أثمان الأشياء المستخدمة فى الزراعة من بذور وسماد وكافة مواد التخصيب ، والتقاوى ، والمواد المقاومة للحشرات ، وما يستحق عن مياه الرى للأرض الزراعية .

ونلاحظ أن بائع هذه المواد له امتياز آخر هو امتياز البائع ، إلا أن من مصلحته أن يتمسك بامتياز المصروفات الزراعية لأنه أفضل من امتياز البائع من عدة نواح ، فهو يسبقه فى المرتبة ، وهو يظل قائماً بينما يزول امتياز البائع لأن هذه الأشياء تفقد ذاتيتها بمجرد اندماجها فى الأرض ، وأخيراً فإن امتياز البائع قاصر على المنقول المبيع ، بينما يمتد امتياز المصروفات الزراعية ليرد على المحصول التى استعملت هذه المواد فى انتاجه .

وبالنسبة لأجور العمال فى الزراعة تكون مضمونة بالامتياز العام السابق دراسته ، وهو يسبق امتياز مصروفات الزراعة ، لذا يكون من مصلحتهم التمسك به ، ولا يتمسك العامل بامتياز مصروفات الزراعة إلا إذا لم يتمكن لأى سبب من الاستفادة من امتياز العامل ، كما لو كان الأجر المستحق له يزيد عن ستة أشهر ، حيث يقتصر الامتياز العام للاجراء على ضمان الستة أشهر الأخيرة فقط .

ويثبت الامتياز للشخص الذى يستحق هذه المصروفات سواء لأنها مقابل قيامه بأعمال الزراعة بنفسه ، أو لإنه دفعها لغيره ، أو لأنه أقرض المزارع

---

(١) م ١١٤٢ مدنى .

النفقات اللازمة لانتاج المحصول ، المهم أن يكون كل هذا المبالغ قد استخدمت بالفعل فى انتاج المحصول .

– أما عن محل الامتياز فيتمثل فى المحصول الذى أنفقت هذه المصروفات فى انتاجه ، لذا فهو امتياز خاص وارد على منقول . ولا يشمل الامتياز غير ذلك من المحاصيل السابقة أو اللاحقة .

ويقع امتياز مصروفات الزراعة على المحصول ، أيًا كان المدين بها ، وسواء كان انتاج هذا المحصول قد تم لحساب المالك أو المنتفع أو المستأجر أو الحائز للأرض .

ويظل المحصول محملاً بهذا الامتياز ولو تم نقله من الأرض التى أنتجته، أو انتقلت ملكيته إلى غير الزارع المدين بالمصروفات الزراعية ، إلا أنه إذا انتقلت حيازة المحصول إلى شخص آخر حسن النية ، فلا يحتج بهذا الامتياز فى مواجهته .

ويظل الامتياز قائمًا بعد أن تلحق الثمار بالأرض على أثر تسجيل تنبيه نزع ملكيتها ، « ويتقدم امتياز المصروفات الزراعية على حق الدائن المرتهن بالنسبة للمحصول الزراعى ، لأن قاعدة الحاق الثمار بالعقار المقصود بها تفضيل الدائن المرتهن على المدين الراهن نفسه وعلى الدائنين وليس على أصحاب الحقوق الممتازة على هذه الثمار » .

(ب) امتياز آلات الزراعة :

–الحق الممتاز فى هذا الامتياز يتمثل فى المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة . وكل ما ينشأ بمناسبة هذه الآلات ، أيًا كان الغرض منها : حرث الأرض وتحضيرها للزراعة ، والرى والحصاد والدرس وحفظ الثمار ورش المبيدات والتسميد [1].

ويدخل فى ذلك ثمن الآلات وملحقاتها ، ونفقات الاصلاح والصيانة ، والمبالغ التى يتم انفاقها على تحسينها وتعديلها لرفع كفائتها حيث تكون مملوكة للزراع .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٧١٠ .

وتضمن هذه المبالغ حقوق امتياز أخرى غير هذا الامتياز ، فثمن هذه الآلات يضمنه امتياز البائع ، ولكنه متأخر فى المرتبة عن امتياز مقابل الآلات الزراعية ، أما عن مصاريف اصلاح الآلات وصيانتها فمضمونة بامتياز حفظ المنقول وترميمه وهو سابق عن الامتياز محل الدراسة ، لذا يكون لمن يستحق نفقات اصلاح الآلة الزراعية مصلحة فى التمسك بهذا الامتياز . أما المبالغ المستحقة عن تحسين آلات زراعية فلا يضمنها غير الامتياز الذى نحن بصدده، لأن مصروفات التحسين لا يضمنها امتياز الحفظ والترميم .

ولا يدخل فى ذلك الامتياز المبالغ التى تتعلق بتشغيل الآلات الزراعية كأجر السائق والميكانيكى وثمن الوقود ومقابل تشغيلها ، فهذه المبالغ تندرج تحت الامتياز السابق الخاص بمصروفات الزراعة .

- ويتمثل محل الامتياز فى الآلة التى نشأ الدين بمناسبتها وليس المحصول ، أى أن المبالغ السابقة تستوفى من ثمن آلات الزراعة نفسها ، دون المحصول الذى ساهمت فى انتاجه .

ويظل الامتياز قائماً على الآلة حتى لو أصبحت عقاراً بالتخصيص من خلال تخصيصها لخدمة الأرض ، أما إذا تم رهن الأرض ومعها آلات الزراعة لدائن حسن النية ، فإن حقه يتقدم على امتياز المبالغ المستحقة عن تلك الآلات .

ولا يتأثر الامتياز بانتقال ملكية الآلات الزراعية ، إلا إذا انتقلت حيازتها لشخص حسن النية ، فلا يحتج بهذا الامتياز فى مواجهته .

(جـ) مرتبة امتياز مصروفات الزراعة والآلات الزراعية :

يحتل هذان الامتيازان نفس المرتبة ، وهى المرتبة الخامسة بعد المصروفات القضائية ومستحقات الخزانة العامة ، ونفقات حفظ المنقول وترميمه وحقوق الامتياز العامة .

وإذا تزاحم عدة دائنين بمصروفات الزراعة ، كتنازع بائع البذور مع بائع الأسمدة ، فإنهم يستوفون حقوقهم بنسبة قيمة كل منها ، وذلك من ثمن المحصول محل الامتياز .

وإذا تزاحمت عدة مصروفات أنفقت على الآلة الزراعية ، كالثمن ومصروفات الاصلاح ، فإنها تستوفى من ثمن الآلة بنسبة كل منها .

ولا يتصور التزاحم بين الدائن بمصروفات الزراعة والدائن بمصروفات الآلات الزراعية لأن محل امتياز الأول ، وهو المحصول ، يختلف عن محل امتياز الثانى وهو الآلة الزراعية .

المطلب السادس
امتياز مؤجر العقار

نعرض لهذا الامتياز من خلال دراسة الحق المضمون به ، ومحله ، ومرتبته ، وحمايته (١) .

الفرع الأول
الحق الممتاز لمؤجر العقار

يضمن الامتياز حق مؤجر العقار ، ويتحدد هذا الحق بما يلى :

(أ) يثبت الامتياز لحق المؤجر ، وينشأ هذا الحق بمقتضى عقد ايجار صحيح ، أما إن كان الايجار باطلاً أو صورياً ، فإنه لا يرتب أى أثر . وكذلك الحال فى حالة عدم وجود عقد ايجار أصلاً ، فإنه لا يوجد حق ممتاز .

ويستوى أن يكون المؤجر مالكاً للعقار ، أو صاحب حق انتفاع أو مستأجراً أصلياً ، أو دائناً مرتهناً رهن حيازة .

(ب) يجب أن يكون محل الايجار عقاراً ، فايجار المنقول كالآلات لا يثبت لأجرته امتياز .

ويثبت الامتياز لمؤجر العقار من أى نوع كان ، سواء أكان من المبانى أو الأراضى الزراعية أو الأراضى الفضاء . ولا يهم الغرض من الايجار سواء كان هو السكن أو الاستغلال الزراعى أو المهنى أو التجارى .

---

(١) م ١١٤٣ مدنى .

ويضمن الايجار كذلك المساكن المفروشة ، بالقدر الذى يقابل أجرة المبنى فقط ، دون الزيادة فى الأجرة نتيجة لوجود الأثاث فى المسكن ، فهى ايجار لهذا الأثاث بوصفه منقول .

(جـ) يضمن الامتياز كل حقوق المؤجر الناشئة عن الايجار ، من أجرة وغيرها . إلا إنه بالنسبة للأجرة ، فإن الامتياز لا يضمن سوى أجرة سنتين لا أكثر ، أو مدة الايجار كلها إن قلت عن سنتين . وإذا زادت المدة التى لم يدفع عنها الايجار عن سنتين ، فإن الامتياز يضمن ما يقابل أجرة السنتين الأخيرتين فقط . ولا يهم كيفية دفع الأجرة ، نقداً كان ذلك أو عيناً ، كما لو كان الايجار بطريق المزارعة وتتمثل الأجرة فى حصول المؤجر على نصيب من المحصول .

أما الحقوق الأخرى التى تتولد للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، فيضمنها الامتياز مهما بلغ قدرها ، ودون تحديد مدة لها طالما أنها لم تنقض بالتقادم . ومثال ذلك التعويض عن اساءة استعمال العين المؤجرة أو عن عدم تنفيذ عقد الايجار ، أو عن تلف العين المؤجرة أو ملحقاتها ، ومصروفات المطالبة بهذه الحقوق .

ولكن الامتياز لا يضمن المبالغ الأخرى المستحقة للمؤجر بسبب آخر غير عقد الايجار ، كالقرض الذى يعطيه المؤجر للمستأجر ، هذا ما لم يتعلق القرض بعقد الايجار ، كما لو تم تقديمه بهدف مساعدة المستأجر فى استغلال العين المؤجرة أو اجراء تحسينات بها .

الفرع الثانى
محل امتياز مؤجر العقار

يرد امتياز مؤجر العقار على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكًا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى ، أى أنه يشترط فى الأشياء محل الامتياز :

أولاً : يجب أن تكون المنقولات موجودة بالعين المؤجرة ، سواء وضعت

فيها عند بدء الايجار أو أثناء سريانه . ويقصد بذلك الأشياء التى يضعها المستأجر فى العين بقصد تجهيزها واستعمالها على وجه الدوام ، ولو وجدت لوقت محدود كالبضائع فى المحل التجارى .

وتختلف تلك المنقولات بحسب طبيعة العقار المؤجر والغرض من استغلاله . فبالنسبة للمنازل ، تشمل الأثاث والأوانى والكتب والتحف والسيارات والأجهزة الكهربائية . وبالنسبة للأرض الزراعية ، تشمل المحاصيل والمواشى والآلات والأسمدة. وفى حالة المحل التجارى ، يرد الامتياز على البضائع الموجودة به ، والآلات والأدوات بالنسبة للمصنع .

ويقوم امتياز المؤجر على فكرة وجود رهن حيازى ضمنى بين المؤجر والمستأجر ، فالمشرع هو الذى أقام هذا الامتياز على أساس رهن حيازى من نوع خاص ، حيث اعتبر المؤجر حائزاً للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وله إلى جانب ذلك الحق فى حبسها . وحيازة المؤجر ، وإن لم تكن فعلية ، إلا أنها حكمية تترتب عليها آثار الحيازة القانونية .

ويترتب على تلك الفكرة ، استبعاد المنقولات التى توجد فى العين بصفة عرضية ، من نطاق امتياز المؤجر ، ويستبعد كذلك كل ما لا يعتبر من التجهيزات ، كالنقود الورقية والمعدنية والمصوغات الخاصة ، والمنقولات المعنوية كالاسم التجارى ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والأوراق المالية والديون .

ومؤدى فكرة الرهن الضمنى كذلك أن الامتياز يرد على المنقولات الموجودة فى العين ، أما إذا خرجت من العين بعلم المؤجر ودون معارضته ، اعتبر متنازلاً عن حقه فى الامتياز ، ويظل الامتياز قائماً على المنقولات فى حالة بيعها ، دون رضاء المؤجر ، طالما ظلت بالعين . وإذا خرجت المنقولات دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، فإن الامتياز يظل باقياً وله الحق فى تتبعها واستردادها .

ثانيًا : يجب أن تكون المنقولات قابلة للحجز ، وذلك حتى يستطيع المؤجر الحصول على حقه من ثمنها ، بالأفضلية على غيره ، بعد بيعها بالمزاد العلنى ، فإذا لم تكن المنقولات قابلة للحجز لم يعد هناك مبرر لوجود الامتياز عليها .

وطبقاً لقانون المرافعات يعتبر من الأشياء الغير قابلة للحجز الفراش والثياب اللازمة للمستأجر وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة ، وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر ، والكتب وأدوات ومهمات مزاولة المهنة .

ثالثاً : يجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر . إلا أن فكرة الرهن الضمنى ، التى يقوم الامتيازعليها ، أدت إلى الخروج ، فى بعض الحالات على هذه القاعدة ، حيث يقع الامتياز على المنقولات الموجودة بالعين والتى قد تكون مملوكة للزوجة ، أو الغير ، أو للمستأجر من الباطن .

١- المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر :

يثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر ، وسواء كان المؤجر يعلم أو لا يعلم وقت وضعها فى العين بملكيتها لهذه المنقولات ، ومع ذلك يجوز للزوجة أن تعلن المؤجر بأنها لا تريد أن تكون منقولاتها الموضوعة فى العين ضامنة للأجرة ، حتى لا يعول المؤجر عليها ويطالب المستأجر بوضع منقولات أخرى ضماناً للأجرة .

٢- المنقولات المملوكة للغير :

يثبت الامتياز على المنقولات المملوكة للغير متى كان المؤجر لا يعلم - وقت دخولها العين المؤجرة - إنها مملوكة للغير - والأصل أن المؤجر حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أى علم المؤجر بملكية الغير للمنقولات ، اثبات ذلك ، حتى ينحسر الامتياز عنها .

إلا إنه فى بعض الحالات يكون من الظاهر أن المنقولات مملوكة لغير المستأجر ، كما لو كانت مهنته تقتضى ذلك ، كصاحب « الجراج » أو صالة بيع المنقولات بالمزاد ، أو الحائك ، أو الساعاتى ، فهنا يفترض علم المؤجر بملكية الغير لهذه المنقولات .

ويجب التحفظ بشأن المنقولات المسروقة أو الضائعة ، حيث لا يثبت الامتياز عليها إذا وجدت بالعين ، لأن صاحبها له الحق فى استردادها فى مدى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولو كان الحائز حسن النية .

٣- المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن :

يقع الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن ، فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر .

فإذا كان التأجير من الباطن ممنوعاً بنص فى القانون أو بنص فى العقد ، فإن امتياز المؤجر يشمل المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة بما فى ذلك تلك المملوكة للمستأجر من الباطن ، حتى ولو كان المؤجر عالمًا بأنها غير مملوكة للمستأجر الأصلى .

أما إذا كان من حق المستأجر الأصلى أن يؤجر العين من الباطن ، فيقتصر امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن فى حدود المبالغ التى تكون للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن . ولا يثبت ذلك إلا من الوقت الذى ينذر فيه المؤجر الأصلى المستأجر من الباطن بأن يوفى له ما فى ذمته من أجرة للمستأجر الأصلى .

الفرع الثالث

مرتبة امتياز مؤجر العقار

يأتى امتياز المؤجر فى المرتبة السادسة بعد حقوق الامتياز السابقة ، أى بعد المصروفات القضائية ، ومستحقات الخزانة العامة ، ونفقات حفظ المنقول وترميمه ، وحقوق الامتياز العامة ، ونفقات الزراعة والآلات الزراعية .

ولكن المؤجر ، باعتباره حائزاً للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، بناء على رهن ضمنى ، يتقدم بحقه على جميع الامتيازات الأخرى السابقة عليه إذا كان حسن النية ، يجهل حقوق الامتياز التى كانت للغير عليها وقت وضعها بالعين . فحقوق الامتياز ، المحملة بها المنقولات ، غير نافذة فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية لأن الامتياز لا يحتج به على من حاز المنقول بحسن نية (١) .

---

(١) م ١١٣٣ ، ١١٤٣ مدنى .

ويضمن بذلك الفاعلية للحقوق السابقة .

لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز

فإذا اشترى المستأجر سيارة وتبقى عليه جزء من ثمنها ، وكان مديناً بنفقات اصلاحها فى نفس الوقت ، فإن المؤجر يستطيع أن يتمسك بامتيازه فيتقدم على البائع والميكانيكى متى وجدت السيارة بالعين المؤجرة ، ولم يكن يعلم بحقوق الغير عليها وقت دخولها العين .

الفرع الرابع
الوسائل المقررة لحماية امتياز المؤجر

تمثل المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة أهمية خاصة بالنسبة للمؤجر لأنها المحل الذى يرد عليه امتيازه ، وتشكل ضمانة هامة فى سبيل استيفاء حقوقه قبل المستأجر ، لذا حرص المشرع على أن يهيئ للمؤجر الوسائل اللازمة للمحافظة على هذا الضمان .

فبالاضافة إلى القاعدة العامة التى تقضى بأنه إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة (١) ، قرر المشرع عدة وسائل للمؤجر ، فى سبيل المحافظة على امتيازه ، هى : الحق فى الحبس ، والحق فى توقيع الحجز التحفظى ، والحجز الاستحقاقى تدعيماً للحق فى التتبع .

أولاً : يستطيع المؤجر حبس المنقولات المحملة بامتيازه .

« يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه ، كان له الحق فى استردادها من الحائز ولو كان حسن النية ، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

يتضح من ذلك أنه إذا خرجت المنقولات من العين المؤجرة بدون علم المؤجر ورغم معارضته ، ولم تكن المنقولات الباقية فى العين غير كافية لضمان حقه ، فإن الامتياز يظل قائمًا ، ويستطيع المؤجر أن يتتبع هذه المنقولات وينفذ عليها فى أى مكان وجدت ، وفى مواجهة الحائز سيئ النية ، الذى يعلم بتحملها بحق الامتياز .

ولكن امتياز المؤجر يتعطل إذا انتقلت المنقولات إلى حيازة شخص حسن النية يتمسك بعدم سريان الامتياز فى مواجهته .

ويستطيع المؤجر التمسك بامتيازه حتى فى مواجهة الحائز حسن النية ،

(أ) الحق الممتاز :

تتمتع بهذا الامتياز المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الاقامة وما صرف لحسابه .

فالامتياز مقرر لصاحب الفندق الذى يقدم المأوى للنزلاء مع الخدمات الأخرى ، مع الطعام والشراب أو بدونهما . والنزيل قد يكون سائحًا أو مسافرًا أو من أهل البلد نفسه . ويصدق ذلك على الفنادق وعلى «اللوكندات والبنسيونات» ، طالما كان هناك ايواء مع تقديم الخدمات مقابل أجر ، حتى ولو لم يقدموا طعامًا للنزلاء .

أما إذا اقتصر الأمر على تقديم المأوى دون أى خدمة أخرى ، كما فى حالة تأجير الغرف والشقق المفروشة ، فإن أصحابها لا يستفيدون من امتياز صاحب الفندق لأنهم لا يلتزمون إلا بتمكين المستأجر من العين ، لذا فهم يتمتعون بامتياز المؤجر .

ولا يقوم الامتياز كذلك بالنسبة لأصحاب المطاعم والمقاهى لأن هذه الأماكن تقتصر على تقديم الطعام والشراب دون المأوى .

ويضمن الامتياز كل ما هو مستحق لصاحب الفندق فى ذمة النزيل ، ويدخل فى ذلك أجرة الاقامة وثمن الطعام وأجرة الخدمات الأخرى كتنظيف الملابس وكيها والنقل بسيارة الفندق ، وسواء تم تقديم هذه الخدمات للنزيل أو لأفراد أسرته وتابعيه النازلين معه . ويدخل فى ذلك أيضًا أجرة ايداع السيارة فى « الجراج » الملحق بالفندق ، وأجرة الاتصالات التليفونية وارسال البرقيات والحجز للنزيل فى دور العرض والرحلات السياحية داخل المدينة ، هذا بالاضافة إلى القرض الذى قد يقدمه صاحب الفندق للنزيل فى فترة اقامته (١) .

ويضمن الامتياز حقوق صاحب الفندق قبل النزيل فى أثناء اقامته الحالية وليس عن المرات السابقة ، وذلك أيًا كانت مدة اقامته . « فإذا كانت هناك مبالغ مستحقة فى ذمة النزيل وسمح له مع ذلك صاحب الفندق أن

---

(١) السنهورى ، ص ٩٨٦ .

يغادر الفندق مع أمتعته ، ثم عاد النزيل مرة أخرى فلا يعود الامتياز لضمان هذه المبالغ ، ويكون لصاحب الفندق امتياز على المبالغ التى تستحق عن الاقامة الجديدة فقط » .

(ب) محل الامتياز:

يرد الامتياز على الأمتعة التى يحضرها النزيل إلى الفندق أو ملحقاته ، سواء تم احضار هذه الأمتعة عند بدء الاقامة أو أثنائها . ويستوى فى ذلك أن تكون تلك الأمتعة خاصة بالنزيل أو بأفراد أسرته أو تابعيه النازلين معه بالفندق .

ويصدق ذلك على الحقائب والملابس والمجوهرات والنقود والسيارة المودعة فى جراج الفندق . ويشمل الامتياز المنقولات المادية وحدها دون المنقولات المعنوية كالسندات والأسهم والديون .

ويقع الامتياز على الأمتعة الموجودة فى الفندق ولو كانت غير مملوكة للنزيل ، إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده ادخالها عنده بحق الغير عليها ، وبشرط ألا تكون تلك الأمتعة ضائعة أو مسروقة ، هنا لا امتياز عليها ويجوز لصاحبها أن يستردها خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع .

ولصاحب الفندق أن يعترض على نقل الأمتعة ، وله حق حبسها حتى يستوفى حقه كاملاً . وينقضى امتيازه إذا نقلت تلك الأمتعة بعلمه ودون معارضته ، أما إذا خرجت دون علمه أو رغم معارضته ، فإن حقه فى الامتياز يبقى عليها ويجوز له أن يتتبعها ، إذا كانت فى حيازة النزيل أو شخص آخر سيئ النية .

أما إذا كانت قد انتقلت إلى حيازة شخص حسن النية لا يعلم بتعلق حق صاحب الفندق بها ، فعندئذ لا يستطيع صاحب الفندق أن يحتج عليه . خاصة وأن المشرع لم يخول صاحب الفندق ، بعكس المؤجر ، الحق فى توقيع الحجز الاستحقاقى الذى يستطيع بمقتضاه استرداد المنقول ولو فى مواجهة الحائز حسن النية .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يأتى امتياز صاحب الفندق مع امتياز مؤجر العقار فى الدرجة السادسة بعد الامتيازات السابقة .

ولكن امتياز صاحب الفندق يتقدم على حقوق الامتياز الأخرى جميعها على أساس فكرة الحيازة وما ترتبه من حقه فى الحبس ، فإذا كانت أمتعة النزيل بالفندق محملة بامتياز من الامتيازات المتقدمة ، وكان صاحب الفندق لا يعلم وقت دخول هذه الأمتعة بأنها مثقلة بالامتياز ، كان له باعتباره حائزاً حسن النية أن يتمسك بعدم نفاذ هذا الامتياز فى مواجهته .

وإذا تزاحم حق صاحب الفندق مع حق المؤجر قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن الامتياز الأسبق غير نافذ بالنسبة للآخر .

« فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها فى فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة ، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً فى الميعاد ، فإن امتياز المؤجر ، وهو الأسبق فى التاريخ ، هو الذى يقدم . أما إذا لم يحجز المؤجر ، فإن امتيازه لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير . كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته ووضعها فى عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازه مقدمًا لأن امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق فى التاريخ لا ينفذ فى حقه» .

المطلب الثامن
امتياز بائع المنقول

ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشئ المبيع ، يبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظًا بذاتيته ، وهذا دون اخلال بالحقول التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية .

ويكون هذا الامتياز تاليًا فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق (١) .

« وحكمة هذا الامتياز أن البيع هو الذى أدخل المنقول فى ذمة المشترى، فزادت بقدر قيمة هذا المنقول . فإذا أجيز لدائنى المشترى أن يستوفوا حقوقهم بغير أن يحصل البائع على ثمنه ، لأثروا على حساب هذا الأخير ، فاعتبارات العدالة هى التى دعت إلى تقرير امتياز للبائع على المنقول المبيع » .

(أ) الحق الممتاز:

يضمن الامتياز ثمن بيع المنقول أو المتبقى منه فى ذمة المشترى ، وملحقات الثمن كالفوائد ومصروفات البيع التى يلتزم بها الأخير ، ومصروفات المطالبة به . ويستوى أن يكون الثمن مؤجلاً أو حالاً .

ولا يدخل فى الامتياز ، غير ذلك من مبالغ تستحق للبائع بمقتضى عقد البيع ، كالتعويض الذى يلتزم به المشترى لاخلاله بالتزاماته ، سوا أكان التعويض قضائيًا أم اتفاقيًا أى مقدراً فى العقد كشرط جزائى . ولا يعتد كذلك بأى دين آخر مستحق على المشترى بمقتضى عقد البيع .

ويجب أن نكون بصدد بيع صحيح ناقل للملكية ، فلا ينشأ الامتياز إذا كان البيع باطلاً ، أو وارداً على ملك الغير ، أو على مثليات لم تفرز .

وينبغى أن يرد البيع على منقول ، سواء كان منقولاً ماديًا أو معنويًا ، كما فى حالة حوالة الحق بمقابل .

ولا ينشأ هذا الامتياز عن عقد آخر غير البيع، كالمقايضة مثلاً ، ويترتب على ذلك أنه لا يكون للمتقايض امتياز على ما آل للمتقايض معه ضمانًا للتعويضات التى تثبت له بسبب استحقاق الشئ الذى قايض عليه ، مع

---

(١) ١١٤٥ مدنى .

(٢) Mazeaud et Chabas, n. 330.

ملاحظة أنه إذا هناك معدل نقدى يدفعه أحد المتقايضين للآخر لتعويض الفرق فى القيمة بين الشيئين محل المقايضة ، كان هذا المعدل مضموناً بامتياز البائع .

ويثبت الامتياز للشخص الذى يقرض المشترى نقوداً ليدفع منها الثمن للبائع ، لأن المقرض يحل محل البائع فى امتيازه طبقًا للقواعد العامة فى الحلول الاتفاقى ، إلا أن ذلك مشروط بأن يذكر فى عقد القرض ، وفى المخالصة التى يعطيها البائع ، إن الوفاء بالثمن يتم من مبلغ القرض .

(ب) محل الامتياز:

يقع امتياز البائع على المنقول المبيع ذاته بشرط أن يظل محتفظاً بذاتيته ، لذلك ينقضى الامتياز إذا هلك المنقول أو تغير تغيراً تامًا أفقده ذاتيته وضاعت معه معالمه ، كما لو تحول القمح إلى دقيق أو تحول الدقيق إلى خبز، أو استخدمت مواد البناء فى تشييد مبنى .

أما إذا كان التغيير لا يؤدى إلى انعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه ، فإن الامتياز يبقى ، كما إذا كان قماشاً فصنع ملابساً ، أو إذا كان خشبًا فصنع أثاثًا ، ونفس الحكم إذا تم الحاق المنقول بالعقار وصار عقاراً بالتخصيص .

وحق الامتياز لا يتجزأ ، فإذا بيعت عدة منقولات صفقة واحدة بثمن اجمالى واحد كانت المنقولات جميعها ضامنة لكل الثمن . أما إذا تم تحديد ثمناً معيناً لكل منقول على حدة ، فإن كل منقول يضمن الثمن الخاص به دون سواه .

ويظل المنقول محملاً بامتياز البائع ولو خرج من حيازة المشترى ، ويعنى هذا حق البائع فى تتبع المنقول المبيع ، ولكن هذا الحق يتعطل بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، حيث لا يحتج بالامتياز فى مواجهة من يحوز المنقول بحسن نية .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاحتجاج بالامتياز فى مواجهة مشترى المنقول الذى يتسلمه بحسن نية ، أو الدائن المرتهن الذى يحوزه بحسن نية أى دون أن يعلم بأنه مثقل بالامتياز . وكذلك الحال إذا ألحق المنقول بعقار

فإذا استحق نصيب أحد الشريكين بسبب سابق على عقد القسمة ، كان له الرجوع على شريكه بنسبة حصته بضمان الاستحقاق ، ويكون هذا الحق فى الرجوع مضموناً بامتياز المتقاسم .

هذا بالاضافة إلى الفوائد التى تستحق عن المبالغ السابقة .

(ب) محل الامتياز:

يقع امتياز المتقاسم على الحصص المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم ، ويختلف الأمر باختلاف الحق الممتاز ، فإذا كان هـذا الحق هو الحق فى المعدل ، فإن الامتياز يقع على الحصة أو الحصص التى وقعت فى نصيب المتقاسم المدين بهذا المعدل . وإذا كان الحق هو ثمن التصفية ، فإن الامتياز يرد على كل المنقول الذى اشتراه أحد الشركاء . وإذا كان الحق الممتاز هو الحق فى التعويض عن الاستحقاق ، وقع الامتياز على الحصص الأخرى التى لم تستحق [1] .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز المتقاسم فى المنقول نفس المرتبة التى يحتلها امتياز البائع وهى المرتبة السابعة. ويكون للمتقاسم أولوية استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، وله كذلك سلطة تتبع الحصة أو الحصص المحملة بامتيازه فى أى يد تكون ، ما لم تتعطل هذه السلطة بسبب انتقال هذه الحصة إلى حائز حسن النية ، حيث لا يمكن التمسك بالامتياز فى مواجهته.

وإذا تزاحم امتياز البائع مع امتياز المتقاسم ، فإنه يجب تقدم الأسبق فى التاريخ ، فإذا تمت القسمة قبل البيع ، تقدم امتياز المتقاسم ، وإذا تم البيع قبل القسمة تقدم امتياز البائع .

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٦٤٧ .

ملاحظـة أنه إذا هناك معـدل نقدى يدفعه أحد المتقايضين للآخر لتعويض الفرق فى القيمـة بين الشيئين محل المقايضة ، كان هذا المعدل مضموناً بامتياز البائع .

ويثبت الامتياز للشخص الذى يقرض المشترى نقوداً ليدفع منها الثمن للبائع ، لأن المقرض يحل محل البائع فى امتيازه طبقاً للقواعد العامة فى الحلول الاتفاقى ، إلا أن ذلك مشروط بأن يذكر فى عقد القرض ، وفى المخالصة التى يعطيها البائع ، إن الوفاء بالثمن يتم من مبلغ القرض .

(ب) محل الامتياز:

يقـع امتيـاز البائع على المنقول المبيع ذاته بشـرط أن يظـل محتـفظاً بذاتيته ، لذلك ينقضى الامتياز إذا هلك المنقول أو تغير تغيراً تاماً أفقده ذاتيته وضاعت معه معالمه ، كما لو تحول القمح إلى دقيق أو تحول الدقيق إلى خبز، أو استخدمت مواد البناء فى تشييد مبنى .

أما إذا كان التغيير لا يؤدى إلى انعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه ، فإن الامتياز يبقى ، كما إذا كان قماشاً فصنع ملابساً ، أو إذا كان خشباً فصنع أثاثاً ، ونفس الحكم إذا تم الحاق المنقول بالعقار وصار عقاراً بالتخصيص .

وحق الامتياز لا يتجزأ ، فإذا بيعت عدة منقولات صفقة واحدة بثمن اجمالى واحد كانت المنقولات جميعها ضامنة لكل الثمن . أما إذا تم تحديد ثمناً معيناً لكل منقول على حدة ، فإن كل منقول يضمن الثمن الخاص به دون سواه .

ويظل المنقول محملاً بامتياز البائع ولو خرج من حيازة المشترى ، ويعنى هذا حق البائع فى تتبع المنقول المبيع ، ولكن هذا الحق يتعطل بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، حيث لا يحتج بالامتياز فى مواجهة من يحوز المنقول بحسن نية .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاحتجاج بالامتياز فى مواجهة مشترى المنقول الذى يتسلمه بحسن نية ، أو الدائن المرتهـن الذى يحوزه بحسن نية أى دون أن يعلم بأنه مثقل بالامتياز . وكذلك الحال إذا ألحق المنقول بعقار

مرهون ، فإن الرهن يمتد إلى هذا المنقول الذى صار عقاراً بالتخصيص ، ولا يحتج بامتياز بائع هذا المنقول على الدائن المرتهن طالما كان حسن النية أى لا يعلم بحق البائع . أما إذا أثبت البائع أن الدائن المرتهن كان يعلم بامتياز البائع على المنقول وقت الحاقه بالعقار ، كان له أن يحتج بامتيازه فى مواجهته .

وقد تحفظ المشرع ، بصدد هذا الامتياز ، بوجوب مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية ، ويتمثل ذلك فى أحكام الافلاس التى بمقتضاها لا يمكن الاحتجاج بامتياز البائع فى مواجهة جماعة الدائنين فى حالة افلاس المدين التاجر الذى اشترى المنقول (١) .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يأتى امتياز البائع فى المرتبة بعد الحقوق السابقة ، فهو يحتل المرتبة السابعة.

ورغم أن هذا الامتياز يأتى بعد امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، إلا أن بائع المنقول يستطيع التمسك بامتيازه فى مواجهة المؤجر وصاحب الفندق إذا أثبت أنهما يعلمان بحقه وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

المطلب التاسع
امتياز المتقاسم فى المنقول

للشركاء الذين اقتسموا منقولاً ، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

---

(١) مع مراعاة نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية طبقًا للمادة ١٠٦ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ . انظر ما سبق ص ٣٩ .

وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ [1] .

يتأسس هذا الامتياز على مبدأ المساواة الذى يجب أن يسود القسمة ، حيث يتحصل كل شريك على جزء من المال الشائع يساوى حصته ، ويحق للشريك أن يرجع على باقى الشركاء المتقاسمين ، لاستيفاء حقوقه الناشئة عن القسمة ، حتى تتحقق المساواة . ولا شك أن هذه المساواة لا تتحقق إذا تعرض المتقاسم ، عند رجوعه على الشريك بسبب القسمة ، لمزاحمة دائنى هذا الشريك .

(أ) الحق الممتاز :

يضمن الامتياز كل الحقوق التى تثبت للشريك بسبب القسمة ، أياً كان مصدر الشيوع ، ونوع القسمة ، أى سواء كان الشيوع ناشئاً عن العقد أو الميراث ، ويستوى أن تكون القسمة اتفاقية أو قضائية ، عينية أو بطريق التصفية.

والحقوق التى تثبت للمتقاسم بسبب القسمة ، وتكون مضمونة بالامتياز هى : ١- حق المتقاسم فى المعدل إذا تمت القسمة بمعدل ، ويقصد بالمعدل المبلغ الذى يتم دفعه إلى المتقاسم الذى اختص بالحصة الأقل قيمة ، فهو الفرق بين قيمة الحصص . فإذا استحق أحد الشركاء معدل قسمة قِبل شريك آخر ، كان هذا المعدل مضموناً بامتياز المتقاسم .

٢- حق المتقاسم فى ثمن المنقول إذا تمت القسمة بطريق التصفية ، وذلك عن طريق بيع المنقول لعدم امكان قسمته عيناً ، إذا رسا المزاد على أحد الشركاء . وعلى هذا فإن أنصبة بقية الشركاء فى الثمن تكون مضمونة بامتياز المتقاسم .

٣- حق المتقاسم فى التعويض نتيجة استحقاق نصيبه أو بعضه للغير ،

---

(١) م ١١٤٩ مدنى .

فإذا استحق نصيب أحد الشريكين بسبب سابق على عقد القسمة ، كان له الرجوع على شريكه بنسبة حصته بضمان الاستحقاق ، ويكون هذا الحق فى الرجوع مضموناً بامتياز المتقاسم .

هذا بالاضافة إلى الفوائد التى تستحق عن المبالغ السابقة .

(ب) محل الامتياز:

يقع امتياز المتقاسم على الحصص المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم ، ويختلف الأمر باختلاف الحق الممتاز ، فإذا كان هـذا الحق هو الحق فى المعدل ، فإن الامتياز يقع على الحصة أو الحصص التى وقعت فى نصيب المتقاسم المدين بهذا المعدل . وإذا كان الحق هو ثمن التصفية ، فإن الامتياز يرد على كل المنقول الذى اشتراه أحد الشركاء . وإذا كان الحق الممتاز هو الحق فى التعويض عن الاستحقاق ، وقع الامتياز على الحصص الأخرى التى لم تستحق [1] .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز المتقاسم فى المنقول نفس المرتبة التى يحتلها امتياز البائع وهى المرتبة السابعة. ويكون للمتقاسم أولوية استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، وله كذلك سلطة تتبع الحصة أو الحصص المحملة بامتيازه فى أى يد تكون ، ما لم تتعطل هذه السلطة بسبب انتقال هذه الحصة إلى حائز حسن النية ، حيث لا يمكن التمسك بالامتياز فى مواجهته.

وإذا تزاحم امتياز البائع مع امتياز المتقاسم ، فإنه يجب تقدم الأسبق فى التاريخ ، فإذا تمت القسمة قبل البيع ، تقدم امتياز المتقاسم ، وإذا تم البيع قبل القسمة تقدم امتياز البائع .

---

(١) شمس الوكيل ، ص ٦٤٧ .

المبحث الثانى
حقوق الامتياز العقارية الخاصة

قرر المشرع ثلاثة امتيازات على عقار معين هى : امتياز بائع العقار ، وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين ، وامتياز المتقاسم فى العقار .

تخضع هذه الحقوق لأحكام الرهن الرسمى ، فمن المقرر أنه تسرى على حوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو » (1) .

وعلى ذلك فإنه ينبغى الاحالة إلى ما سبق دراسته من أحكام الرهن الرسمى فى كل ما يتعلق بمشتملات الرهن وملحقاته ، نفاذ الرهن فى حق الغير وقيده وتجديده ومحوه والغاء المحو ، وحق الأفضلية وحق التتبع . ويكمن الفارق بين تلك الحقوق والرهن الرسمى فى أنها تنشأ بنص القانون ، بينما ينشأ الرهن عن طريق العقد الرسمى .

وتخضع تلك الامتيازات للشهر عن طريق القيد ، وتتحدد مرتبة الأفضلية من وقت القيد ، وليس بحسب ترتيب النصوص المنظمة لها ، على عكس حقوق الامتياز الواردة على المنقول .

ولكن يلاحظ أن امتياز المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وحقوق الامتياز العامة ، إذا وردت على عقار ، لا يلزم فيها الشهر ، ومع ذلك فهى تتقدم على الامتيازات العقارية الخاصة .

---

(1) م ١/١١٣٤ مدنى .

المطلب الأول
امتياز بائع العقار

« ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع . ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً ، وتكون مرتبته من وقت القيد » (١) .

(أ) الحق الممتاز:

الحق المضمون بهذا الامتياز هو الثمن وملحقاته ، كالفوائد والمصاريف ، سواء كان الثمن مؤجلاً أم مستحق الأداء ، يدفع جملة أو على أقساط أو كان ايراداً مرتباً لمدى الحياة . ولا يضمن الامتياز أية مبالغ أخرى كالتعويض الذى يلتزم به المشترى لاخلاله بالتزاماته .

ويجب لقيام الامتياز وجود عقد بيع صحيح ، ومن ثم لا يوجد الامتياز لضمان الحق الناشئ عن عقد آخر كالمقايضة والوفاء بمقابل ، إلا أنه إذا كانت المقايضة أو الوفاء بمقابل ، بمعدل أى إذا التزم المقايض أو الدائن بدفع معدل ، فإن الامتياز يقوم لضمان ذلك المعدل . ويلزم من ناحية أخرى أن يكون المبيع حقاً عينياً عقارياً جائزاً بيعه بالمزاد العلنى ، كالعقار نفسه أو حق الانتفاع به وليس حق الارتفاق .

(ب) محل الامتياز:

يرد الامتياز على العقار المبيع ذاته . ويشمل كل العقار ولو كان الحق المضمون هو جزء من الثمن لأن حق الامتياز ، كالرهن الرسمى ، لا يقبل التجزئة . ويدخل فى محل الامتياز ملحقات العقار ، كالعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات والثمار التى تلحق به منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهى نفس أحكام الرهن الرسمى .

---

(١) م ١١٤٧ مدنى .

ولا يشترط ، كما هو الحال فى امتياز بائع المنقول ، أن يظل العقار محتفظاً بذاتيته . فإذا هلك أو تلف وحلت محله قيمة أخرى كتأمين أو مقابل نزع الملكية أو تعويض ، فإن الامتياز يرد على تلك القيمة الجديدة .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يجب قيد هذا الامتياز ، ولو كان عقد البيع مسجلاً ، وتحسب مرتبته من وقت القيد . فالتسجيل لا يغنى عن القيد لاختلاف وظيفة كل منهما ، إذ التسجيل يرتب نقل الملكية ، بينما القيد يؤدى إلى نفاذ الامتياز فى مواجهة الغير .

المطلب الثانى
امتياز المقاول والمهندس المعمارى

المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى اعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد [1] ».

يتأسس هذا الامتياز على اعتبارات من العدالة ، لأن المقاول أو المهندس المعمارى قد زاد بماله أو بعمله من ثروة المدين، فمن العدل ، أن تكون حقوقه مضمونة بهذه الزيادة ، وأن يتقدم فى استيفاء تلك الحقوق فى حدود ما زاده .

(أ) الحق الممتاز:

يضمن الامتياز المبالغ المستحقة للمقاول والمهندس االمعمارى مقابل قيامهم بتشييد البناء والمنشآت الأخرى كالطرق والابار والقناطر والسدود ، أو باعادة بناءها ، أو القيام بما يلزمها من ترميم وصيانة . وكذلك الفوائد

---

(١) م ١١٤٨ مدنى .

المستحقة عن هذه المبالغ . ولا يثبت الامتياز للمبالغ المستحقة عن أعمال أخرى كاصلاح الأراضى الزراعية والمصارف . ولا أهمية لنوع المواد المستخدمة فى اتمام الأعمال : أحجار أخشاب معادن .

ويثبت الامتياز للمقاول أو المهندس المعمارى الذى يتعاقد مع المالك على القيام بالأعمال السابقة ، فلا يستفيد منه العامل لأنه ليس مقاولاً أو مهندسًا ، ولكن العامل له امتياز الأجير السابق دراسته ، ولا يستفيد منه المقاول من الباطن أو مستأجر العقار أو حائزه أو الفضولى الذى يقوم بالأعمال بدون عقد .

ولا يشترط أن تكون تلك الأعمال قد تمت لحساب المالك ، فيمكن أن يعهد بها إلى المقاول أو المهندس من قبل المالك أو المستأجر أو المنتفع أو الحائز أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، فالامتياز يقوم بغض النظر عن صفة صاحب العمل .

(ب) محل الامتياز:

يرد امتياز المقاول والمهندس المعمارى على ما يقيمه من منشآت ومبانى ، فإذا قام بتشييد بناء على أرض ، فإن امتيازه يرد على البناء دون الأرض . وإذا اقتصر عمله على اضافة طابق أو أجزاء إلى المبنى ، فإن الامتياز يرد على الزيادة فى قيمة هذه المنشآت بسبب عمله ، لا على قيمة المنشآت كلها .

وتتحدد قيمة الزيادة بالنظر إلى قيمة العقار وقت بيعه ، وفى حدود ما يبقى قائمًا من هذه الزيادة ، فالامتياز لا يرد على جزء من ثمن العقار كله يقابل قيمة ما زاد فى ثمن العقار بسبب الاعمال ، وإنما يقتصر على جزء من الثمن يقابل ما هو باق وقت بيع العقار من قيمة الزيادة التى حصلت بسبب الاعمال . والعبرة فى تقدير الزيادة ، ليس وقت اتمام العمليات ، بل بما يوجد من زيادة فى قيمة العقار وقت بيعه . ويقدر القاضى مقدار الزيادة مستعينًا فى ذلك بالخبراء .

والامتياز ، كالرهن الرسمي ، لا يقبل التجزئة ، حيث تضمن الزيادة فى العقار كل حقوق المقاول والمهندس ، فإذا استوفى جزءاً من حقه قبل صاحب العمل ، فإن الامتياز يبقى ضامناً للجزء الباقى .

(جـ) مرتبة الامتياز:

يجب شهر امتياز المقاول والمهندس المعمارى عن طريق القيد ، وتتحدد مرتبته من وقت القيد . فإذا تزاحم الامتياز مع حق عينى آخر على العقار ، قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهره .

وإذا كانت الأعمال التى قام بها المقاول أو المهندس قد أجريت على عقار مرهون ، فإن المشرع واجه ذلك الفرض بنصه على أن امتداد الرهن إلى ما يلحق العقار من التحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، لا يخل بامتياز المقاول والمهندس (١) .

وعلى ذلك فإنه إذا كانت القاعدة العامة أن الرهن يمتد ليشمل البناء والانشاءات والتحسينات ، إلا أن امتياز المقاول والمهندس الذى قام بهذه الأعمال يتقدم على الرهن بالرغم من أنه أسبق فى تاريخ القيد . إلا أنه إذا كانت هذه الأعمال قد أجريت على العقار قبل رهنه ، فإن المقاول أو المهندس لا يتقدم بامتيازه إلا إذا كان قد قيده قبل قيد الرهن .

المطلب الثالث
امتياز المتقاسم فى العقار

للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » (٢) .

---

(١) م ١٠٣٦ مدنى .

(٢) م ١١٤٩ مدنى .

ويقابل هذا الامتياز ، امتياز المتقاسم فى المنقول ، ويقوم على نفس الأساس وذات الهدف ، ألا وهو ضمان حقوق المتقاسم الناتجة عن القسمة ، وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين المتقاسمين .

ويتمثل الحق الممتاز فى كل ما ينشأ للمتقاسم من حقوق تجاه الآخرين بسبب القسمة ، فيدخل فى ذلك معدل القسمة وثمن التصفية ، والتعويض عن الاستحقاق كما عرضنا بصدد امتياز المتقاسم فى المنقول .

أما عن محل الامتياز فيختلف باختلاف الحق الممتاز ، كما عرضنا بصدد المنقول وتتحدد مرتبة الامتياز بتاريخ قيده . مع ملاحظة أنه « لا يشترط لاجراء القيد أن تكون القسمة مفرغة فى محرر رسمى ، فيجوز إذا كانت القسمة اتفاقية تقديم محرر عرفى يثبت القسمة بشرط التصديق على توقيعات المتقاسمين عليه » .

وينبغى التذكرة بالحكم القاضى بأن انتقال الرهن الذى قرره أحد الشركاء على الشيوع إلى ما آل إليه بسبب القسمة لا يضر بامتياز المتقاسم[1] . فهذا الرهن يتأخر عن امتياز المتقاسم ، بالرغم من أنه يتمتع بنفس مرتبته القديمة (فهو سابق عن قيد الامتياز) إذا قيد فى خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يتم اخطار الدائن بالقسمة .

المبحث الثالث

حقوق الامتياز الأخرى

توجد حقوق امتياز أخرى قررها القانون فى أماكن متفرقة خارج نطاق الباب الرابع من الكتاب الرابع للقانون المدنى . ويشير المشرع إلى ذلك بقوله : الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة »[2] .

---

(٢) م ١٠٣٩ مدنى .

(٢) م ١١٣٧ مدنى .

ونظراً لأن تلك الامتيازات يتم تناولها بمناسبة الموضوعات التى تتعلق بها ، فإننا نكتفى فى هذا الصدد بالاشارة إليها .

فقد ورد بعضها فى أماكن متفرقة من القانون المدنى مثل امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ التى تستحق للمقاول الأصلى فى ذمة صاحب العمل . وامتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته . وامتياز نفقات تسوية التركة (١) .

وقد يرد بعضها فى قوانين أخرى ، كامتياز الوكيل التجارى على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده من أجل المبالغ المطلوبة له من عملية (٢) .

ومن ذلك أيضاً امتياز أتعاب المحامى ، وامتياز نفقات تجهيز الميت ، وامتياز التعويض عن اصابات العمل ، وامتياز الجمعيات التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قِبل أعضائها نتيجة لتعاملهم فى حدود الأغراض المبينة فى القانون (٣) .

---

(١) المواد ٦٦٢ ، ٨٦٩ ، ٨٨٠ مدنى .

(٢) م ١٥٩ من قانون التجارة ١٩٩٩/١٧ .

(٣) مثال ذلك أيضاً : المادة ١/٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٠ بالترخيص بانشاء بنك زراعى المعدلة بالقانون ١٩٥٨/٣٤ ، والمادتان الأولى والرابعة عشر من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٦٤ تفيد أن المشرع قد كفل حق الامتياز لقروض المؤسسة المصرية العامة للائتمان الزراعى والتعاونى أما ما عداها فإنها لا تعتبر ديوناً ممتازة . نقض ١٩٨٤/١٢/١٣ طعن ٦٠س٤٢ق .

الباب السابع
التمويل العقارى (الضمان العقارى)

رغبة من المشرع فى تشجيع وتنمية الاستثمار العقارى صدر قانون التمويل العقارى رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ [١] لتوفير التمويل من جهة وتدعيم الائتمان من جهة أخرى .

يكون نشاط التمويل للاستثمار فى مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومبانى المحال المخصصة للنشاط التجارى [٢] .

ونعرض للنظام القانونى للضمان العقارى من خلال بيان أحكامه ، والجهات القائمة عليه والرقابة عليها .

---

(١) تم نشر القانون فى الجريدة الرسمية (العدد ٢٥ مكرر) فى ٢٠٠١/٦/٢٤ ويعمل به اعتباراً من اليوم التالى لمضى ثلاثة أشهر على تاريخ نشره . وصدرت اللائحة التنفيذية بقرار مجلس الوزراء لسنة ٢٠٠١ ونشر فى الوقائع المصرية (العدد ٢٨٢ تابع) فى ٢٠٠١/١٢/٩ ليعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

ونصت المادة الأولى من إصدار القانون على أنه : مع عدم الإخلال بأحكام القرار بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ، والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء . يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن التمويل العقارى ، ويلغى كل حكم يخالف أحكامه .

وتضيف المادة الثانية بأنه : فى تطبيق أحكام القانون المرافق والقرارات الصادرة تنفيذاً له يقصد بعبارة « الوزير المختص » وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية » وبعبارة « الجهة الإدارية » «الهيئة العامة المختصة بشئون التمويل العقارى » « وتتبع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية » .

(٢) م ١ من القانون .

ويطلق على هذا التمويل اسم « التمويل العقارى » وعلى ذلك الضمان اسم « الضمان العقارى » ، وعلى العقار المحمل بحق الامتياز أو بالرهن الرسمى أو بغير ذلك من الضمانات اسم « العقار الضامن » وعلى المشترى أو من حصل على التمويل فى غير حالة الشراء اسم «المستثمر» .

الفصل الأول
أحكام الضمان العقارى

نعرض فى هذا الصدد لاتفاق التمويل العقارى، وضماناته ، وقيد الضمان ، وضوابط تصرف المستثمر فى العقار الضامن وتأجيره ، وحوالة الحقوق الناجمة عن ذلك ، وحق المستثمر فى التعجيل بالوفاء .

(أ) إتفاق التمويل العقارى :

يكون التمويل العقارى فى مجال شراء العقارات وفقًا لأحكام هذا القانون بموجب اتفاق تمويلى بين الممول والمشترى باعتباره المستثمر وبائع العقار ، ويجب أن يتضمن الاتفاق ما يأتى :

(١) الشروط التى تم قبولها من البائع والمشترى فى شأن بيع العقار بالتقسيط بما فى ذلك بيان العقار وثمنه .

(٢) مقدار المعجل من ثمن البيع الذى أداه المشترى للبائع .

(٣) عدد وقيمة أقساط باقى الثمن وشروط الوفاء بها ، على أن تكون محددة إلى حين استيفائها بالكامل .

(٤) قبول البائع حوالة حقوقه فى أقساط الثمن إلى الممول بالشروط التى يتفقان عليها .

(٥) التزام البائع بتسجيل العقار باسم المشترى خالية من أى حقوق عينية على الغير .

(٦) التزام المشترى بقيد حق امتياز الثمن المحالة أقساطه إلى الممول ، وذلك ضمانًا للوفاء بها .

(٧) التزام أطراف الاتفاق بإعطائه تاريخًا ثابتًا .

فإذا كان التمويل لغرض الاستثمار فى بناء عقار على أرض يملكها المستثمر أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه أو غير ذلك من المجالات ،

تعين أن يكون التمويل بموجب اتفاق بينه وبين الممول وبين أى طرف آخر يكون له شأن فى الاتفاق (١) .

(ب) ضمانات التمويل :

يضمن الممول حقه من خلال التأمينات العينية والشخصية أو بالتأمين لصالحه بقيمة حقوقه .

أولا : يتم التمويل ، وذلك بضمان حق الامتياز على العقار أو رهنه رهنًا رسميًا ، أو غير ذلك من الضمانات التى يقبلها الممول طبقًا للقواعد والاجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

وتنص اللائحة على أنه : إذا كان العقار محل التمويل غير مسجل باسم البائع ، جاز للمول أن يقبل ضمانًا للتمويل ، رهن أصول عقارية مملوكة للمستثمر أو لغيره أو كفالة شخصية من غير المستثمر أو أوراقًا مالية بكامل قيمة الأقساط المستحقة أو قبول المستثمر خصم قيمة أقساط التمويل من راتبه أو دخله ، وللممول فى هذه الحالات أن يشترط على المستثمر تسجيل العقار محل التمويل باسمه ورهنه رهنًا رسميًا لصالح الممول خلال فترة يتفقان عليها .

وإذا كان العقار محل التمويل بناء أو وحدة فى بناء على أرض مخصصة للمستثمر من الدولة أو من أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، فللمول قبول التنازل له من المستثمر عن التخصيص ضمانًا للتمويل ، وذلك بعد موافقة الجهة التى خصصت الأرض على إجراء هذا التنازل (٢).

للممول أن يشترط على المستثمر التأمين لصالح الممول بقيمة حقوقه لدى إحدى شركات التأمين المصرية وذلك ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة المستثمر أو عجزه .

---

(١) م ٦ . ويصدر الوزير المختص قرارًا بنماذج الاتفاقات المشار إليها فى الفقرتين السابقتين .

(٢) م ١ من القانون ، م ٢ من اللائحة .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وشروط هذا التأمين ، كما يلى :

– إذا اشترط الممول على المستثمر أن يؤمن لصالحه بقيمة حقوقه وفقاً لاتفاق التمويل العقارى ضد مخاطر الوفاة أو العجز ، تعين أن يكون ذلك لدى شركة تأمين مصرية وفقاً للشروط الآتية :

(١) قيام شركة التأمين بسداد مبلغ التأمين للمؤمن له بناء على شهادة وفاة المستثمر أو شهادة طبية بعجزه الكلى أو الجزئى بنسبة لا تقل عن خمسين فى المائة صادرة من إحدى الجهات الطبية التى تحددها شركة التأمين بالاتفاق مع الهيئة .

(٢) التزام المستثمر بأداء قسط التأمين وتقديم ما يفيد السداد إلى الممول[١] .

(جـ) قيد الضمان العقارى :

يقدم طلب قيد الضمان العقارى إلى مكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار من الممول أو المستثمر متضمناً البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية ومرفقاً به اتفاق التمويل وسند ملكية العقار .

ويجب البت خلال أسبوع فى طلب القيد بعد التحقق من صحة حدود العقار على النحو الوارد بالطلب وبسند الملكية ، أو تكليف مقدمه بما يجب أن يستوفيه ، وذلك خلال أسبوع من تاريخ تقديم الطلب .

ويخطر مقدم الطلب خلال الموعد المشار إليه بالقرار الصادر فى شأنه بموجب كتاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول . ويجب أن يكون القرار برفض الطلب مسبباً . ويعفى قيد هذا الضمان وتجديده وشطبه من جميع الرسوم والمصروفات[٢] .

---

(١) م ٣٧ من القانون ، م ٥٦ من اللائحة .

(٢) م ١٠ ، ١ من القانون ، ونصت اللائحة فى المادة ١٢ ، ١٣ على أن : يقدم طلب قيد الضمان العقارى من الممول أو المستثمر تطبيقاً لأحكام القانون إلى مكتب الشهرى العقارى الكائن فى دائرته العقار متضمناً البيانات الآتية : =

(د) ضوابط التصرف فى العقار الضامن وتأجيره :

يجوز للمستثمر التصرف فى العقار الضامن بالبيع أو الهبة أو غيرهما من التصرفات ، أو ترتيب أى حق عينى عليه وذلك بعد موافقة الممول وبشرط أن يقبل المتصرف إليه الحلول محل المستثمر فى الالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل .

ويجوز للمستثمر تأجير العقار الضامن أو تمكين غيره من الانفراد بشغله وذلك بعد الحصول على موافقة الممول . وللممول أن يشترط حوالة الحق فى أجرة العقار أو مقابل شغله وذلك وفاء لمستحقاته .

ولا يجوز للممول رفض الموافقة على التصرف فى العقار الضامن أو تأجيره أو تمكين الغير من الانفراد بشغله ، إلا لأسباب جدية تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر ، ويجب عليه إخطار المستثمر بهذه الأسباب كتابة خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إخطار المستثمر له برغبته فى التصرف أو فى التأجير أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار وإلا اعتبر موافقاً على ذلك .

وللممول أن يشترط تضامن المستثمر مع المتصرف إليه فى الوفاء بالالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل .

=(١) أسماء وبيانات كل من الممول والمستثمر .

(٢) قيمة الأقساط والحقوق المضمونة .

(٣) الموعد المحدد لانتهاء الوفاء بأقساط الثمن أو التمويل .

ويجب أن يرفق بالطلب المشار إليه اتفاق التمويل العقارى وسند ملكية العقار باسم المستثمر أو ضمان التمويل باسم الممول .

يتولى مكتب الشهر العقارى المختص التحقق من صحة حدود العقار ومواصفاته الواردة بطلب القيد وسند الملكية المرفق به ، وله فى سبيل ذلك تكليف الطالب بأن يستوفى ما يلزم من مستندات خلال مهلة لا تقل عن ثلاثة أيام .

ويكون البت فى الطلب أو التكليف باستيفاء المستندات خلال أسبوع من تاريخ تقديمه .

ولا يجوز رفض طلب القيد إلا بسبب عدم استيفاء المستندات اللازمة لإجرائه .

وفى جميع الأحوال يجب إخطار الطالب بقبول الطلب أو باستيفاء المستندات أوبرفض الطلب مسبباً بخطاب مسجل بعلم الوصول وفقاً لأحكام القانون .

وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والاجراءات التى تتبع فى تلك الحالات على النحو التالى :

– على المستثمر الراغب فى التصرف فى العقار الضامن أو فى ترتيب حق عينى عليه أو فى تأجيره أو فى تمكين الغير من الانفراد بشغله أن يحصل على موافقة الممول الكتابية على ذلك بناء على طلب مكتوب يوجه إليه قبل الموعد المحدد للتصرف أو الإيجار أو الشغل بمدة لا تقل عن ثلاثين يوماً .

– يجب أن يرفق بطلب الموافقة على التصرف أو ترتيب حق عينى ، إقرار كتابى من المتصرف إليه أو صاحب الحق العينى بالحلول محل المستثمر فى الالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل ، ويجوز للممول أن يشترط على المستثمر تقديم إقرار بتضامنه مع المتصرف إليه فى الوفاء بتلك الالتزامات .

– يجوز للممول أن يشترط ، للموافقة على تأجير المستثمر للعقار أو شغل الغير له ، تقديم إقرار كتابى بحوالة حقه فى أجرة العقار أو مقابل شغله إلى الممول وبإعلان المستأجر أو الشاغل بالحوالة ، وذلك وفاء لمستحقات الممول لدى المستثمر و فقاً لاتفاق التمويل العقارى .

– لا يجوز للممول أن يرفض الطلب الخاص بالتصرف فى العقار الضامن إلا لأسباب جدية تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر ، وعلى أن يقوم الممول بإخطار الطالب بأسباب الرفض بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول وذلك خلال ثلاثين يوماً من استلام الطلب وإلا اعتبر موافقاً عليه .

إذا تصرف المستثمر في العقار الضامن أو أجره أو مكن أحداً من شغله بالمخالفة لأحكام المادة السابقة ، كان للممول أن يطالبه بباقى أقساط الثمن أو باقى قيمة اتفاق التمويل بحسب الأحوال بإنذار على يد محضر بالوفاء خلال مهلة لا تقل عن ثلاثين يوماً .

فإذا لم يقم المستثمر بهذا الوفاء ، كان للممول أن يتخذ فى مواجهته الاجراءات المنصوص عليها فى الباب الرابع من هذا القانون .

---

(١) م ٧ ، ٨ من القانون ، م٧ : ١٠ من اللائحة .

(هـ) حوالة الحقوق الناشئة عن إتفاق التمويل :

مع مراعاة حكم المادة (٣٠٧) من القانون المدنى يجوز للممول أن يحيل حقوقه الناشئة عن اتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التى تباشر نشاط التوريق والتى يصدر بها قرار من وزير الاقتصاد بعد موافقة مجلس إدارة هيئة سوق رأس المال وفقاً لأحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والقرارات الصادرة تنفيذاً له ، وذلك بموجب اتفاق يصدر بنموذجه قرار من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية وفقاً للشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية .

وتلتزم الجهة المحال لها بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التى تصدرها فى تواريخ استحقاقها من حصيلة الحقوق المحالة .

ويضمن الممول الوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية المشار إليها ، كما يجوز الاتفاق على ضمان الغير للوفاء بتلك الحقوق وفقاً للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

ويستمر الممول فى تحصيل الحقوق المحالة ومباشرة الحقوق الناشئة عن اتفاق التمويل وذلك لصالح أصحاب الأوراق المالية التى يصدرها المحال له وبصفته نائباً عنه وفقاً وفى الحدود التى يتضمنها اتفاق الحوالة .

وعلى الممول أن يفصح للمحال له عن البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية بشأن اتفاق التمويل الذى تمت حوالة الحقوق الناشئة عنه وذلك دون حاجة إلى موافقة المستثمر .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد الحوالة فيما يلى :

- يجب أن يتضمن اتفاق حوالة الحقوق الناشئة عن اتفاق التمويل العقارى إلى الجهة المرخص لها بمزاولة نشاط التوريق ، والذى يصدر بنموذجه قرار من الوزير المختص بالشئون الاقتصادية ، ما يأتى :

(أ) قبول الممول حوالة حقوقه الناشئة عن اتفاق التمويل العقارى إلى المحال له .

(ب) بيان المقابل الذى التزم به المحال له مقابل الحوالة وشروط الوفاء بهذا المقابل .

(ج) بيان تفصيلي بالحقوق المحالة بما في ذلك الأقساط الخاصة بكل عملية تمويل والعقار الضامن لها وشروط الضمان وبيانات المدين بها .

(د) التزام الممول بتحصيل الأقساط التي تمت حوالتها بصفته نائبًا عن المحال له مقابل عمولة تحصيل يحددها الاتفاق .

– مع عدم الإخلال بضمان الممول للوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق ، يجوز الاتفاق على ضمان الغير للوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها الجهة التي تباشر نشاط التوريق على ألا يقل تصنيفه الائتماني عن المستوى الذي تحدده الهيئة العامة لسوق المال وأن يشمل الضمان كافة الأقساط المستحقة وألا يكون معلقًا على أي شرط .

– على الممول أن يفصح للمحال له عن أسماء المستثمرين المدينين بالحقوق التي تمت حوالتها وبالضمانات المقدمة منهم وبما قاموا بوفائه من أقساط ومواعيد الوفاء وحالات الامتناع عنه وذلك كله دون حاجة إلى الحصول على موافقة المستثمرين على هذا الإفصاح [١] .

(و) حق المستثمر في التعجيل بالوفاء :

يجوز للمستثمر أن يعجل الوفاء بأقساط الثمن أو بالتمويل كله أو بعضه. وفي هذه الحالة يتم خفض الأقساط المستحقة عليه بما يتناسب مع تعجيل الوفاء وفقًا للقواعد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

– إذا رغب المستثمر في التعجيل بالوفاء بكل أو بعض أقساط الثمن أو التمويل ، وجب عليه إخطار الممول بذلك قبل موعد السداد المعجل بفترة لا تقل عن ثلاثة أشهر ، ويتم في هذه الحالة خفض الأقساط المستحقة عليه وفقًا لجدول يرفق باتفاق التمويل يحدد القيمة المخفضة التي يتم الوفاء بها بحسب التاريخ الذي يتم الوفاء فيه من سنوات أقساط التمويل [٢] .

---

(١) م ١١ من القانون ، والمواد ١٤ ، ١٥ ، ١٦ من اللائحة .

(٢) م ٩ من القانون ، م ١١ من اللائحة .

الفصل الثانى
الجهات القائمة على التمويل العقارى ورقابتها

(أ) جهات التمويل العقارى :

تكون للجهات التالية دون غيرها مزاولة نشاط التمويل العقارى المنصوص عليه فى هذا القانون بشرط قيدها فى سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض :

(١) الأشخاص الاعتبارية العامة التى يدخل نشاط التمويل العقارى ضمن أغراضها .

(٢) شركات التمويل العقارى المنصوص عليها فى الباب الخامس من هذا القانون .

ويجوز للبنوك المسجلة لدى البنك المركزى المصرى ، بعد موافقته ووفقاً للقواعد التى يقررها ، أن تزاول نشاط التمويل العقارى دون قيدها لدى الجهة الإدارية (١).

---

(١) ولا تسرى عليها أحكام الفقرة الثانية من المادة (٤) والباب السابع من هذا القانون .

ويبين القانون فى المواد ٢٨ : ٣٤ شركات التمويل العقارى والترخيص لها كما يلى :

يجب أن تتخذ شركة التمويل العقارى شكل شركة مساهمة مصرية ، وألا يقل رأس مالها المصدر والمدفوع منه عن الحد الذى تبينه اللائحة التنفيذية .

ويكون الترخيص بمزاولة نشاط التمويل العقارى وفقاً لأحكام المواد التالية :

– يقدم طلب الترخيص إلى الجهة الإدارية على النموذج الذى تعده لهذا الغرض، وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وإجراءات الترخيص ورسومه بما لا يجاوز عشرة آلاف جنيه .

– على الجهة الإدارية إعطاء طالب الترخيص شهادة باستلام المستندات المقدمة منه أو بياناً بما يلزم تقديمه من مستندات أخرى ، وعليه استيفاء هذه المستندات خلال الثلاثة أشهر التالية وإلا سقط طلبه .

– تقوم الجهة الإدارية بالبت فى طلب الترخيص وإخطار الطالب كتابة بقرارها فى شأنه وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استيفاء المستندات اللازمة . =

=ولا يجوز للجهة الإدارية أن ترفض الترخيص إلا فى الحالات الآتية :

١- عدم استيفاء الشروط المبينة فى هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له .

٢- عدم توافر المعايير التى تحددها اللائحة التنفيذية بشأن الخبرة والكفاءة المهنية فى مديرى الشركة .

٣- صدور حكم بشهر إفلاس أى من مؤسسى الشركة أو مديريها خلال السنوات الخمس السابقة على تقديم الطلب ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

٤- أن يكون قد سبق الحكم على أحد مؤسسى الشركة أو مديريها أو أحد أعضاء مجلس الإدارة خلال الخمس السنوات السابقة على تقديم طلب الترخيص بعقوبة جناية أو جنحة فى جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

تبين اللائحة التنفيذية للمعايير المالية التى يتعين على الشركة الالتزام بها على أن تتضمن ما يأتى :

(١) الأسلوب الذى يتبع فى تقييم أصول الشركة.

(٢) تحديد نسبة الحد الأدنى لحقوق المساهمين إلى كل من أصول الشركة وخصومها وحجم محفظة التمويل .

(٣) تحديد الحد الأدنى للأصول المتداولة إلى الخصوم المتداولة .

(٤) القواعد اللازمة لضمان حسن سير أعمال الشركة وضمان حقوق الدائنين والعملاء .

يتولى مراجعة حسابات الشركة مراقبان للحسابات من بين المقيدين فى سجل تمسكه الجهة الإدارية .

وتلتزم الشركة بتقديم قوائمها المالية إلى الجهة الإدارية كل ستة أشهر فى الميعاد الذى تحدده اللائحة التنفيذية .

يجوز للشركة أن تندمج مع شركة أخرى تعمل فى النشاط ذاته أو فى غيره أو أن تتوقف عن النشاط أو تقوم بتصفية أصولها أو الجزء الأكبر منها وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الجهة الإدارية ، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ولا يجوز للجهة الإدارية رفض الموافقة إلا لأسباب جدية تتعلق باعتبارات استقرار نشاط التمويل العقارى أو مصالح المستثمرين أوالمساهمين .

وتحدد اللائحة فى المواد ٢٧ : ٣٧ أحكام شركات التمويل العقارى كما يلى :

يجب أن تتخذ الشركة التى يرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقارى شكل شركة المساهمة المصرية ، وأن يكون لها رأس مال مصدر لا يقل عن خمسين مليون جنيه ولا يقل المدفوع=

= منه عند التأسيس عن الربع ، وأن يتم الوفاء بالباقى خلال مدة لا تجاوز سنة من تاريخ قيد الشركة بالسجل التجارى .

يقدم طلب الترخيص على النموذج الذى تعده الهيئة للملك ، على أن يرفق به ما يأتى :

(أ) العقد الابتدائى للشركة ونظامها الأساسى .

(ب) السجل التجارى للشركة .

(ج) بيان بمؤهلات وخبرات مديرى الشركة ومديرى الفروع .

(د) إقرار من مؤسسى الشركة ومديريها بعدم صدور حكم بإفلاس أى منهم خلال السنوات الخمس السابقة أو شهادة برد اعتباره .

(هـ) إقرار من مؤسسى الشركة ومديريها وأعضاء مجلس إدارتها بعدم سبق الحكم على أى منهم خلال السنوات الخمس السابقة بعقوبة جناية أو عقوبة جنحة فى جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو شهادة برد اعتباره .

(و) شهادة من مراقبين للحسابات من المقيدة أسماؤهم لدى الهيئة بقبول مراجعة حسابات الشركة .

(ز) الايصال الدال على سداد رسم طلب الترخيص .

يكون رسم الترخيص خمسة آلاف جنيه للشركات التى لا يجاوز رأسمالها خمسين مليون جنيه وعشرة آلاف جنيه للشركات التى يجاوز رأسمالها هذا الحد .

يشترط لمنح الترخيص ما يأتى :

(أ) استيفاء المستندات المشار إليها فى المادة (٢٨) .

(ب) أن يتوافر فى المدير التنفيذى للشركة خبرة فى أحد مجالات العمل المصرفى أو التمويلى لا تقل عن عشر سنوات بعد الحصول على مؤهل عال فى ذات المجال .

(ج) أن يتوافر فى مديرى الإدارات المالية والقانونية والهندسية وفى مديرى الفروع خبرة عملية فى أحد مجالات العمل المصرفى أو التمويلى أو القانونى لا تقل عن عشر سنوات بعد الحصول على مؤهل عال .

تقوم الهيئة بإعطاء طالب الترخيص شهادة باستلام الطلب والمستندات المرفقة به ، وتكليف الطالب ، بموجب بيان يسلم إليه خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب ، باستيفاء ما قد يلزم من مستندات خلال الثلاثة أشهر التالية لهذا التكليف وإلا سقط طلبه .

وعلى الهيئة البت فى طلب الترخيص وإخطار الطالب بقرارها فى شأنه بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استيفاء المستندات .

يصدر بالترخيص قرار من مجلس إدارة الهيئة، ولا يجوز رفض الترخيص إلا بقرار مسبب وفى الحالات المبينة فى المادة (٣١) من القانون .

تقيد الشركات التى يرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقارى فى سجل قيد الأشخاص = _

=الاعتبارية العامة والشركات الذى تعده الهيئة لهذا الغرض ، ويتضمن القيد بيانات كل شركة ورأسمالها وعناوين فروعها وأسماء أعضاء مجلس إدارتها ومديريها ومراقبى حساباتها .

على الشركة المرخص لها أن تقدم إلى الهيئة قوائمها المالية معتمدة من مراقبى الحسابات وذلك خلال شهر من تاريخ نهاية الستة أشهر المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون .

تلتزم الشركة المرخص لها بما يأتى :

(أ) أن يتم تقييم أصول الشركة وفقاً لمعايير المحاسبة المصرية وبمراعاة معايير المراجعة المصرية التى تحددها القرارات الوزارية الصادرة فى هذا الشأن .

(ب) ألا تقل نسبة كفاية رأس مال الشركة عن عشرة فى المائة من إجمالى الأصول .

(ج) ألا تزيد نسبة الأصول المتداولة للشركة على خصومها المتداولة بأكثر من (٢٥ ٪) .

(د) ألا يزيد اجمالى القروض التى حصلت عليها الشركة على عشرة أمثال رأسمالها .

(هـ) وضع القواعد اللازمة لضمان حسن سير العمل طبقاً للفقرة الرابعة من المادة (٣٢) من قانون التمويل العقارى .

على الشركة الراغبة فى وقف نشاطها ، أو تصفية أصولها أو جزء منها يزيد على ٥٠ ٪ أو الاندماج مع شركة أخرى تعمل فى ذات النشاط أو فى غيره أن تتقدم بطلب بذلك إلى الهيئة على النموذج الذى تعده لهذا الغرض مرفقاً به ما يأتى :

أولاً : بالنسبة للتوقف :

(١) بيان بالأسباب الداعية للتوقف .

(٢) قرار مجلس الإدارة والجمعية العامة غير العادية بالتوقف وتقرير مراقبى الحسابات بشأنه .

(٣) التدابير المقترح اتخاذها لتصفية أصول الشركة وخصومها بما يكفل حماية مصالح المساهمين والعاملين بالشركة والدائنين لها .

(٤) التدابير المقترحة لحوالة حقوق والتزامات الشركة فى نشاط التمويل العقارى إلى جهات أخرى مرخص لها بمزاولة هذا النشاط .

ثانياً : بالنسبة لتصفية الأصول :

(١) بيان بالأسباب الداعية لتصفية كل الأصول أو جزء منها يزيد على (٥٠ ٪) من قيمتها السوقية .

(٢) قرار مجلس الإدارة والجمعية العامة غير العادية بالتصفية وتقرير مراقبيل الحسابات بشأنه.

(٣) التدابير المقترحة لحوالة حوق والتزامات الشركة فى نشاط التمويل العقارى وفقاً لاتفاقات التمويل التى يتم تصفيتها إلى جهات أخرى مرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقارى .

=

(ب) معايير مزاولة نشاط التمويل العقارى :

تكون مزاولة نشاط التمويل العقارى وفق المعايير التى تحددها اللائحة التنفيذية وبما يكفى تناسب التمويل مع القدرة المالية لمشترى العقار أو لمن حصل على التمويل فى غير حالة الشراء ، وذلك فى ضوء الحالة العامة لسوق العقارات .

وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وإجراءات التمويل وحدوده الائتمانية ونسبة التمويل إلى قيمة العقار مقدرة بمعرفة خبراء التقييم المقيدة أسماؤهم فى الجداول التى تعدها الجهة الإدارية لهذا الغرض بشرط ألا يكونوا من بين العاملين لدى الممول.

تعد الجهة الإدارية نموذجاً بالشروط الأساسية للتمويل العقارى ،وعلى الممول أو الوسيط أن يسلم طالب التمويل صورة من هذا النموذج . ويجب أن يرفق باتفاق التمويل إقرار من المستثمر بأنه تسلم تلك الصورة واطلع عليها قبل التوقيع على اتفاق التمويل .

=ثالثاً : بالنسبة للاندماج :

(١) بيان بالأسباب الداعية للاندماج وشروطه .

(٢) مشروع قرار الاندماج .

(٣) قرار مجلس الإدارة والجمعية العامة غير العادية بالاندماج وتقرير مراقبى الحسابات بشأنه.

(٤) التقدير المبدئى لقيمة أصول وخصوم الشركات المندمجة والأسس التى بنى عليها التقدير.

(٥) أسلوب تحديد حقوق والتزامات المساهمين فى الشركات المندمجة .

(٦) التدابير المقترحة لحوالة اتفاقات التمويل إلى الشركة الناتجة عن الاندماج والمرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقارى وفقاً لأحكام القانون .

تقوم الهيئة بإخطار طالب توقف النشاط أو تصفية الأصول أو الاندماج بحسب الأحوال بالموافقة على الطلب أو برفضه بقرار مسبب وذلك خلال ثلاثين يوماً من تقديمه ويجب أن يكون الرفض لأسباب جدية تتعلق باعتبارات استقرار نشاط التمويل أو مصالح المستثمرين أو المساهمين وذلك خلال ثلاثين يوماً من تقديم الطلب .

وجاءت اللائحة لتنص على أن تكون مزاولة نشاط التمويل العقارى وفقًا للمعايير الآتية :

(١) يجب أن تكون إجراءات التمويل واضحة ومحددة على نحو يكفل معرفة المستثمر بجميع حقوقه والتزاماته ، ويكون من مستندات اتفاق التمويل التى لا يكتمل بغيرها إقرار من المستثمر بأنه تسلم صورة من النموذج الذى تعده الهيئة للشروط الأساسية للتمويل العقارى واطلع عليها قبل توقيعه على اتفاق التمويل .

(٢) لا يجوز التمويل بأكثر من تسعين فى المائة من قيمة العقار .

(٣) تحدد قيمة العقار لأغراض التمويل بمعرفة أحد خبراء التقييم المقيدة أسماؤهم فى الجداول التى تعدها الهيئة بشرط ألا يكون من العاملين لدى الممول أو المستثمر .

(٤) لا يجوز للممول توفير تمويل أو أكثر ، بما يجاوز عشرة فى المائة من رأسماله ، وذلك لمستثمر واحد وزوجه وأقاربه حتى الدرجة الرابعة ، أو للشخص الاعتبارى والأشخاص الاعتبارية الأخرى التى يساهم بأكثر من عشرة فى المائة من رأسمالها .

(٥) فى الأحوال التى يرتبط فيها مقدار التمويل بدخل المستثمر ، يتم إثبات الدخل بشهادة من مصلحة الضرائب تبين دخله الذى اتخذ أساسًا لمعاملته الضريبية خلال السنوات الثلاث السابقة على اتفاق التمويل ، وإذا كان التمويل بضمان الخصم من راتب المستثمر يكون اثبات راتبه بشهادة معتمدة من جهة عمله .

(٦) لا يجوز أن يزيد قسط التمويل على أربعين فى المائة من مجموع دخل المستثمر من غير ذوى الدخول المنخفضة المنصوص عليهم فى اللائحة[1] .

---

(١) م ٤ ، ٣٩ من القانون ، م٣ من اللائحة .

(جـ) التزامات الممول :

يلتزم الممول بإبلاغ المستثمر شهرياً بجميع البيانات المتعلقة باتفاق التمويل وذلك وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية ، التى قضت بأنه :

على الممول إخطار المستثمر شهرياً بالبيانات الآتية :

(١) قيمة التمويل الأصلى والتكاليف الاجمالية المستحقة عليها منذ بداية التمويل وحتى تمام السداد .

(٢) قيمة ما أداه الممول من أقساط السداد وما أداه من تكاليفه حتى تاريخ الإخطار .

(٣) قيمة الأقساط وتكاليف التمويل المتبقية .

(٤) أية رسوم أو تكاليف أو مصاريف تم خصمها من حسابه ولو كانت تنفيذاً لنص القانون أو لشرط اتفاقى أو حكم قضائى .

(٥) أى تغيير يطرأ على عنوان الممول الذى يلتزم المستثمر بالسداد لديه.

(٦) أى تغيير يطرأ على تكلفة التمويل .

(٧) أية معلومات تتصل بعلم الممول مما يمكن أن يؤثر على ضمانه العقارى (١).

(د) خبير التقييم والوكيل ووسيط التمويل :

القيد : على من يرغب فى القيد لدى الهيئة فى جداول خبراء التقييم أو الوكلاء العقاريين أو وسطاء التمويل العقارى أن يتقدم إليها بطلب على النموذج الذى تعده لذلك (٢).

---

(١) م ٤٠ من القانون ، م ٥٧ من اللائحة .

(٢) يجب أن تتوافر فى طالب القيد فى الجداول المشار إليها فى المادة السابقة الشروط الآتية :

١- أن تتوافر لديه خبرة لا تقل عن خمس سنوات فى المجال الذى يرغب القيد فيه .

٢- أن يكون حاصلاً على مؤهل متوسط على الأقل بالنسبة إلى خبراء التقييم ووسطاء التمويل العقارى ، ومؤهل عال بالنسبة إلى الوكلاء العقاريين . =

الوسيط : لا يجوز لغير الوسطاء المقيدة أسماؤهم فى جدول تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض مباشرة أعمال الوساطة بين الممول والمستثمر فى اتفاق التمويل . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد وشروط وإجراءات القيد فى هذا الجدول .

– يلتزم الوسيط بتسليم طالب التمويل صورة من النموذج الذى تعده الهيئة بالشروط الأساسية للتمويل العقارى ، وبأن يعرض شروط التمويل ومخاطره على طالب التمويل ، ويجب أن يرفق مع اتفاق التمويل إقرارات المستثمر بأنه تسلم تلك الصورة واطلع عليها والتوقيع على اتفاق التمويل .

– على الوسيط أن يقيد فى دفاتره جميع عمليات التمويل العقارى التى يتوسط فيها وأن يحفظ الوثائق المتعلقة بها وأن يعطى من كل ذلك صوراً طبق الأصل لمن يطلبها من المتعاقدين أو للهيئة .

– يتم تحديد أجر الوسيط بالاتفاق مع الممول على ألا يجاوز الحد الذى يصدر بتعيينه قرار من مجلس إدارة الهيئة .

– يحظر على الوسيط أن يتقاضى أجراً أو عمولة أو أن يحصل على أى منفعة تتصل بعمله إلا من الممول الذى فوضه فى السعى إلى ابرام العقد (١) .

= ٣- ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جناية ، أو فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو أشهر إفلاسه أو إعساره ، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

– تصدر الهيئة قرارها بقبول الطلب أو برفضه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه أو استيفاء البيانات والمستندات المتعلقة به . ويجب أن يكون القرار مسبباً فى حالة الرفض ، وتلتزم الهيئة بإخطار مقدم الطلب بقرارها بخطاب مسجل بعلم الوصول خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره .

– لمقدم الطلب أن يتظلم من قرار رفض طلبه ، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره أو علمه بقرار الرفض ويبت فى التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه لجنة يصدر بتشكيلها قرار من الوزير المختص بالشئون الاقتصادية .

– تصدر الهيئة شهادة لمن تم قبول طلبه تتضمن تاريخ ورقم قيده فى الجدول ويتم تجديد القيد كل ثلاث سنوات (المواد ٣٩ : ٤٣ من اللائحة) .

(١) م ٣٨ من القانون وم ٤٩ : ٥٢من اللائحة .

الوكيل العقارى : تحدد اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها فى الوكلاء العقاريين وقواعد تحديد أتعابهم وإجراءات القيد فى السجل .

– تقدر أتعاب الوكيل العقارى بقرار من قاضى التنفيذ وفقًا لما بذله الوكيل من جهد لإنجاز اجراءات البيع والوقت الذى استغرقته تلك الاجراءات على ألا تجاوز ثلاثة فى المائة من القيمة التى رسا بها المزاد[1] .

خبير التقييم : لخبراء التقييم أن يطلبوا من أطراف اتفاق التمويل العقارى ما يرونه من بيانات أو مستندات لازمة لعملية التقييم .

– على خبراء التقييم إخطار أطراف اتفاق التمويل بخطاب مسجل بعلم الوصول بقيمة العقار ، وتقرير مكتوب ومذيل بتوقيعه ورقم وتاريخ قيده فى الجدول وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ طلب التقييم .

وعلى الخبراء أن يراعوا عند إجراء عملية تقييم العقار المعايير المنصوص عليها فى المادة (٢٢) .

– يحظر على خبراء التقييم تحديد قيمة العقارات إذا كانت مملوكة لهم أو لأى من أقاربهم حتى الدرجة الرابعة أو لأحد من تابعيهم أو شركائهم أو من ينوبون عنهم ، كانت تربطهم علاقة بأحد أطراف التمويل العقارى ،كما يحظر عليهم شراء عقار قاموا بتقييمه.

– إذا لم يقبل واحد أو أكثر من أطراف اتفاق التمويل العقارى التقييم الذى أجرى طبقًا للمادة (٤) من القانون ، تولت الهيئة بناء على طلب من الطرف المعترض تكليف خبيرين آخرين بإعادة تقييم العقار ، على أن يتحمل طالب إعادة التقييم أتعابه .

---

(١) م ٦٠ من القانون ، م ٢٦ من اللائحة .

- يضع مجلس إدارة الهيئة قواعد وإجراءات تقدير أتعاب خبراء التقييم(١) .

(هـ) تمويل الاسكان الاقتصادي :

تلتزم الحكومة فى سبيل تدبير التمويل العقارى بتوفير مساكن اقتصادية لذوى الدخول المنخفضة ، بما يلى :

(أولاً) تخصيص بعض الأراضى المملوكة للدولة دون مقابل لإقامة مساكن من المستوى الاقتصادى .

(ثانيًا) تحمل قيمة المرافق العامة التى تزود بها تلك المساكن بمقدار نصف تكلفتها الفعلية .

وتبين اللائحة التنفيذية معايير ذوى الدخول المنخفضة وقواعد وإجراءات تدبير التمويل العقارى لهم .

ينشأ صندوق لضمان ودعم نشاط التمويل العقارى تكون له الشخصية الاعتبارية العامة ويتبع الوزير المختص .

يختص الصندوق بدعم نشاط التمويل العقارى فى مجال بيع المساكن لذوى الدخول المنخفضة عن طريق تحمل الصندوق لجانب من قيمة القسط وبما يكفل النزول بعبء التمويل إلى الحدود التى تتناسب مع دخولهم بما لا يجاوز ربع الدخل .

ويصدر بنظام الصندوق قرار من رئيس الجمهورية يحدد اختصاصاته الأخرى .

- تتكون موارد الصندوق من :

(١) الاشتراك الذى يلتزم المستثمر والممول بأدائه مناصفة للصندوق طبقاً لما يحدده نظامه الأساسى وبشرط ألا يجاوز (٢ ٪) من قسط التمويل ، ويعفى من هذا الاشتراك المستثمر محدود الدخل .

---

(١) م ١٦ من القانون ، م ٤٤ : ٤٨ من اللائحة .

(٣) ما تخصصه الدولة للصندوق من مبالغ .

(٤) حصيلة استثمار أموال الصندوق

(٥) حصيلة الغرامات المحكوم بها أو التى تؤدى وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية (١).

---

(١) م ٥ . ٣٥ ، ٣٦ من القانون .

ونصت اللائحة على أنه :

- يقصد بذوى الدخول المنخفضة فى تطبيق أحكام القانون وهذه اللائحة كل شخص لا يجاوز مجموع دخله السنوى تسعة آلاف جنيه ، أو اثنا عشر ألف جنيه إذا كان متزوجاً أو يعول .

وتكون الأولوية في توفير التمويل للحصول على مسكن اقتصادى للمستثمر الأقل دخلاً ، وعند تساوى الدخل يفضل من تكون أسرته أكثر عدداً .

- يتم تسليم أراضى الدولة التى تخصص لبناء مساكن اقتصادية لذوى الدخول المنخفضة ، بنظام التمويل العقارى إلى الصندوق ، ويؤدى الصندوق إلى الجهة الإدارية المختصة نصف تكلفة تزويد تلك الأراضى بالمرافق ، ويسترد الصندوق ما أداه وذلك على النحو الذى ينظمه الاتفاق المنصوص عليه فى المادة (٤) من هذه اللائحة .

- على الجهات التى ترغب فى اقامة مشروعات بناء مساكن اقتصادية تباع لذوى الدخول المنخفضة المنصوص عليهم فى المادة (٦) ، بنظام التمويل العقارى وبالمزايا التى يقررها القانون فى هذا الخصوص ، التقدم بطلب إلى صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقارى مصحوباً بدراسات وافية عن المشروع تتضمن عدد وحداته ومساحتها والقيمة التقديرية لأثمانها وغير ذلك من العناصر المتصلة بالمشروع .

ويبرم الصندوق اتفاقاً مع الجهة الراغبة فى اقامة المشروع ومع ما يقبل تمويله ، يتناول جميع الأحكام المنظمة لإقامة المشروع وأسلوب بيع وحداته السكنية وتمويلها وتحديد نسبة الدعم الذى يقدمه الصندوق .

- لمن يرغب من ذوى الدخول المنخفضة الحصول على دعم لشراء مسكن اقتصادى أن يتقدم بذلك إلى أحد مكاتب صندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقارى على النموذج الذى يعده لهذا الغرض مرفقاً به ما يأتى :

١- وصف للعقار وموقعه .

٢- خطاب من بائع العقار بالموافقة على البيع .

٣- شهادة من خبراء تقييم العقارات بإقرار الثمن المعروض .

٤- شهادة بإثبات الدخل السنوى للطالب .

٥- أية مستندات أخرى يطلبها الصندوق .

(و) التنفيذ على العقار الضامن :

للممول فى حالة عدم وفاء المستثمر بالمبالغ المستحقة عليه ومضى ثلاثين يومًا من تاريخ استحقاقها ، أو عند ثبوت نقص مخل بضمان الممول لقيمة العقار بفعل و إهمال المستثمر أو شاغل العقار بحكم قضائى واجب النفاذ ، أن ينذر المستثمر بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال ، وذلك خلال ستين يومًا على الأقل من تاريخ الانذار . إذا انقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المستقمر بالوفاء أو بتقديم الضمان ، كان ملتزمًا بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقًا لاتفاق التمويل العقارى .

ويكون للممول فى هذه الحالة أن يطلب من قاضى التنفيذ الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيداً لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونًا لسماع أقواله .

يقوم الممول ، بعد وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل ، بإعلانه إلى المستثمر ، مع تكليفه بالوفاء خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يومًا ، كما يقوم بإعلانه إلى مكتب الشهر العقارى المختص للتأشير به بغير رسوم خلال مدة لا تجاوز أسبوعًا على هامش قيد الضمان العقارى مع إعلان ذلك إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار وإلى حائزه ، وإلا كان التكليف بالوفاء غير نافذ فى حقهم .

= يقوم الصندوق بدراسة طلب الدعم وإخطار الطالب بالقرار الصادر بشأنه خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تقديمه . ويجب أن يتضمن القرار فى حال الموافقة تحديد نسبة الدعم الذى يقدمه الصندوق وموعد وإجراءات التعاقد بما يكفل توفير الدعم خلال مدة لا تجاوز خمسة عشر يومًا من تاريخ قبول الطلب .

- يتولى الصندوق ضمان الوفاء بأقساط التمويل العقارى الذى يثبت التعثر فى الوفاء بها لأسباب عارضة ، وذلك بما لا يجاوز ثلاثة أقساط . ويبين النظام الداخلى لصندوق قواعد واجراءات اثبات وتقدير تلك الأسباب ، واسترداد الصندوق لقيمة ما أداه من أقساط .

ولا يجوز للصندوق تكرار هذا الوفاء بالنسبة إلى المستثمر الواحد قبل خمس سنوات (م ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥) .

يقوم التأشير بالسند التنفيذى فى مكتب الشهر العقارى مقام تسجيل تنبيه نزع الملكية .

إذا لم يقم المستثمر بالوفاء خلال المدة المحددة له فى الاعلان بالسند التنفيذى ، يصدر قاضى التنفيذ - بناء على طلب الممول - أمراً بتعيين وكيل عقارى من بين الوكلاء المقيدة أسماؤهم فى سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض ، وذلك لمباشرة اجراءات بيع العقار بالمزاد العلنى المنصوص عليها فى المواد التالية تحت الاشراف المباشر .

لكل ذى مصلحة أن يطلب استبدال الوكيل العقارى بطلب يقدمه إلى قاضى التنفيذ مبيناً به أسبابه ، ولا يترتب على مجرد تقديم الطلب وقف اجراءات التنفيذ على العقار ما لم يقرر القاضى عكس ذلك . وللقاضى أن يأمر بالاستبدال إذا تبين له جدية أسباب الطلب .

يحدد اثنان من خبراء التقييم الثمن الأساسى للعقار. ويحدد الوكيل العقارى شروط بيع العقار بالمزاد العلنى على أن تتضمن تاريخ وساعة ومكان اجراء البيع والثمن الأساسى للعقار وتأمين الاشتراك فى المزاد . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد حساب التأمين .

على الوكيل العقارى أن يعلن كلاً من المستثمر وحائز العقار والدائنين المقيدة حقوقهم بشروط البيع قبل اليوم المحدد لاجراء المزايدة بمدة لا تقل عن ثلاثين يومًا ولا تجاوز خمسة وأربعين يومًا ،كما يقوم بلصق الاعلان على العقار وعلى اللوحة المعدة للاعلانات بالمحكمة المختصة الكائن فى دائرتها العقار مع نشره فى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار على نفقة المستثمر، وللممول أو للمستثمر أن يطلب الاعلان أو النشر أكثر من مرة على نفقته .

- يتولى الوكيل العقارى إجراء المزايدة فى اليوم المحدد للبيع ، وتبدأ المزايدة بالنداء على الثمن الأساسى وتنتهى بايقاع البيع على من تقدم بأكبر عرض .

فإذا كان هذا العرض أقل من الثمن الأساسى أو لم يجاوز عدد المزايدين

ثلاثة أشخاص وجب على الوكيل العقارى تأجيل البيع إلى يوم آخر خلال الثلاثين يومًا التالية يعلن عنه بذات الاجراءات المنصوص عليها فى المادة (١٩) من هذا القانون ، ولا يجوز للممول أن يشترك فى المزايدة ، ومع ذلك إذا لم يبلغ أكبر عرض الثمن الأساسى وكان أقل من مستحقات الممول كان له أن يطلب ايقاع البيع عليه مقابل إبراء ذمة المستثمر من جميع التزاماته .

وفى جميع الأحوال يعتبر العرض الذى لا يزاد عليه خلال خمسة دقائق منهيًا للمزايدة.

إذا قام المستثمر بالوفاء بما حل عليه من أقساط فى أى وقت سابق على ايقاع البيع ، وجب على الوكيل العقارى أن يوقف الاجراءات ، ويلتزم المستثمر بأن يؤدى إلى الممول المصروفات التى يصدر بتقديرها أمر من قاضى التنفيذ .

يصدر القاضى حكمًا بإيقاع البيع بناء على ما تم من اجراءات وسداد كامل الثمن يتضمن قائمة شروطه وما اتبع من اجراءات يوم البيع . ويجب أن يتضمن منطوق الحكم الأمر بتسليم العقار خاليًا من شاغليه إلى من حكم بإيقاع البيع عليه ما لم يكن الممول قد سبقت موافقته على شغلهم العقار، أو كانوا مستأجرين للعقار بعقود ثابتة التاريخ قبل اتفاق التمويل .

ويجب ايداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ فى اليوم التالى لصدوره.

– لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يسجل الحكم ، ويترتب على هذا التسجيل تطهير العقار من جميع الحقوق العينية التبعية التى أعلن أصحابها بالسند التنفيذى وبإجراءات البيع طبقًا للمادة (١٩) من هذا القانون .

– لا يجوز استئناف حكم ايقاع البيع إلا لعيب فى اجراءات المزايدة أو لبطلان الحكم ، ومع ذلك يجوز لشاغل العقار استئناف الحكم إذا تضمن إخلاءه من العقار ، ويرفع الاستئناف إلى المحكمة المختصة بالأوضاع المعتادة خلال الخمسة عشر يومًا التالية لتاريخ النطق بالحكم عدا شاغل العقار فيبدأ الميعاد بالنسبة له من تاريخ إعلانه بالحكم .

لا يترتب على رفع دعوى الاستحقاق من الغير وقف اجراءات التنفيذ على العقار ما لم تقض المحكمة بغير ذلك .

يقوم الوكيل العقارى بإيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة ويتولى قاضى التنفيذ – ما لم يتم الطعن على حكم ايقاع البيع من أحد الأطراف فى اجراءات المزايدة – توزيع هذه الحصيلة على الدائنين حسب مرتبتهم فى اليوم التالى لفوات ميعاد الطعن أو صدور حكم برفضه وذلك بعد سداد جميع مصاريف التنفيذ، ويحرر محضر بذلك يودع ملف التنفيذ .

– تسرى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا الباب(1).

---

(1) م ١٢ : ٢٧ من القانون . وجاءت اللائحة لتبين الأحكام الآتية :

– لا يجوز للممول البدء فى اجراءات التنفيذ على العقار الضامن إلا بعد إنذار المستثمر على يد محضر بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال ، على أن يتضمن الانذار ما يأتى :

١– تنبيه المدين بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف .

٢– بيان بالأقساط الواجب الوفاء بها أو بالضمان الذى يقبله الممول .

٣– تحديد المدة التى يجب على المستثمر خلالها الوفاء أو تقديم الضمان على ألا تقل عن ستين يوماً من تاريخ الانذار .

٤– التنبيه على المستثمر بأن انقضاء المهلة المحددة بالإنذار دون الاستجابة له يترتب عليه حلول آجال الأقساط المتبقية وفقاً لاتفاق التمويل العقارى .

٥– تعيين موطن مختار للممول .

– يبدأ التنفيذ بإعلان المستثمر والمتصرف إليه وصاحب الحق العينى والمستأجر وحائز العقار باتفاق التمويل بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه مع تكليف المستثمر بالوفاء على أن يتضمن الاعلان :

١– بيان جهة وتاريخ وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل .

٢– التكليف بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقًا لاتفاق التمويل خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان التكليف بالوفاء .

٣–وصف العقار مع بيان موقعه ومساحته وحدوده .

– يقوم الممول بإعلان مكتب الشهر العقارى الواقع بدائرته العقار محل التنفيذ باتفاق التمويل بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه وبتكليف المدين بالوفاء ، وذلك للتأشير به على هامش قيد الضمان العقارى خلال مدة لا تجاوز أسبوعاً من تاريخ الاعلان ، وعلى=

= الممول إعلان جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار وحائزه بالاتفاق بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه وبالتكليف بالوفاء وإلا كان التكليف غير نافذ فى حقهم .

– يقوم التأشير بالسند التنفيذى فى مكتب الشهر العقارى مقام تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويترتب عليه اعتبار العقار محجوزاً من تاريخ التأشير به .

– يعين قاضى التنفيذ فى قراره الصادر بمباشرة إجراءات بيع العقار وكيلاً عقارياً لمباشرة اجراءات البيع بالمزاد العلنى وذلك من بين الوكلاء المقيدة أسماؤهم فى سجل تمسكه الهيئة لهذا الغرض وفقاً لأحكام الباب السادس من هذه اللائحة على ألا تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة من البيع أو مع الممول أو المستثمر .

ويأمر قاضى التنفيذ فى قراره الصادر بمباشرة اجراءات البيع طالب التنفيذ بوضع مبلغ يقدره فى خزينة المحكمة المختصة لحساب مصروفات التنفيذ .

– يحدد اثنان من خبراء التقييم المقيدة أسماؤهم لدى الهيئة الثمن الأساسى للعقار محل التنفيذ بناء على طلب الوكيل العقارى على أن يتم التقييم وفقاً للمعايير الآتية :

(أ) قيمة العقار عند شرائه .

(ب) التعديلات التى طرأت على العقار بعد شرائه .

(ج) أثر معدلات التضخم على سوق العقار .

(د) القيمة السوقية وقت التقييم لعقارات مماثلة فى ذات المنطقة أو فى مناطق مشابهة .

– يقوم الوكيل العقارى بوضع قائمة شروط بيع العقار بالمزاد العلنى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التأشير بالسند التنفيذى على أن تتضمن ما يأتى :

١– تعيين العقار محل التنفيذ ومساحته وموقعه وحدوده وغير ذلك من البيانات التى تفيد فى بيان أوصافه .

٢– جهة وتاريخ وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل العقارى .

٣– تاريخ وجهة التأشير بالسند التنفيذى لدى مكتب الشهر العقارى .

٤– تاريخ وساعة ومكان اجراء البيع .

٥– شروط البيع والثمن الأساسى للعقار .

٦– تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لذلك محل مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة .

٧– مقدار تأمين الاشتراك فى المزاد على ألا يقل عن واحد فى المائة ولا يجاوز خمسة فى المائة من الثمن الأساسى للعقار .

– على الوكيل العقارى قبل البدء فى اجراءات المزايدة التحقق من اعلان ذوى الشأن فى المواعيد المنصوص عليها فى المادة (١٩) من القانون بقائمة شروط البيع وتحديد مقادير التدرج فى العروض وإعلان الحاضرين بها .

يقوم الوكيل بإيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة خلال ثلاثة أيام من تاريخ حكم ايقاع البيع (م ١٧ : ٢٥) .

(و) الرقابة على التمويل العقارى :

نظم المشرع الرقابة الإدارية بالاضافة إلى شكاوى الأفراد :

أولاً : رقـــابة الإدارة : تنشأ هيئة عامة تتبع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية تختص بشئون التمويل العقارى ويصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصاتها قرار من رئيس الجمهورية .

للجهة الإدارية ، عند مخالفة أحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له ، أو إذا قام خطر يهدد استقرار نشاط التمويل العقارى أو مصالح المستثمرين أو المساهمين فى شركات التمويل العقارى أن تتخذ ما تراه مناسباً من التدابير الآتية :

(١) توجيه إنذار بإزالة المخالفة خلال مدة محددة .

(٢)وقف مزاولة النشاط لفترة لا تجاوز تسعين يوماً .

(٣) المنع من مزاولة النشاط مع تحديد الاجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة الآثار المترتبة على هذا المنع .

ويكون للجهة الإدارية أن تتخذ التدابير التالية بالنسبة لشركات التمويل العقارى المخالفة .

١- الزام الشركة باتخاذ اجراءات دمجها فى شركة أخرى من شركات التمويل العقارى أو فى إحدى الجهات الأخرى التى تزاول هذا النشاط ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر يجوز مدها بقرار من الوزير المختص .

٢- الزام الشركة بزيادة رأس مالها المدفوع أو حجم السيولة النقدية أو الأمرين معاً وفقاً لجدول زمنى محدد .

- يكون لموظفى الجهة الإدارية الذين يصدر بتحديد أسمائهم أو وظائفهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص صفة الضبطية القضائية فى اثبات الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً

له ، ولهم فى سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات لدى الجهات التى توجد بها .

وعلى المسئولين فى الجهات المشار إليها أن يقدموا إلى الموظفين المذكورين البيانات والمستخرجات والمستندات والصور التى يطلبونها لهذا الغرض ، وذلك كله دون الاخلال بأحكام القوانين المنظمة لسرية المعلومات(١) .

ثانياً : شكاوى الأفراد : مع عدم الإخلال بأحكام القوانين المنظمة لسرية المعلومات ، يجوز لكل ذى شأن أن يطلب من الجهة الإدارية الاطلاع على السجلات والتقارير والمستندات وغيرها من الأوراق المتعلقة بنشاط التمويل العقارى أو الحصول على مستخرجات رسمية منها مقابل رسم تحدد فئاته اللائحة التنفيذية بما لا يجاوز مائة جنيه ووفقاً للقواعد والاجراءات التى تقررها هذه اللائحة (٢) .

وللجهة الإدارية أن ترفض الطلب إذا كان من شأن إجابته الإضرار بنشاط التمويل العقارى أو المساس بالصالح العام .

ينشأ لدى الجهة الإدارية مكتب لتلقى وفحص الشكاوى التى تقدم عن مخالفة أحكام هذا القانون والقرارات الصادر تنفيذاً له ، وتحدد اللائحة التنفيذية نظام واجراءات عمل هذا المكتب (٣) .

---

(١) م ٢ ، ٤٢ ، ٤٤ من القانون .

(٢) م ٤٣ من القانون ، المادة ٦١ من اللائحة على أنه :

« يجوز لكل ذى شأن الاطلاع لدى الهيئة على السجلات والتقارير والمستندات وغيرها من الأوراق المتعلقة بنشاط التمويل العقارى والحصول على مستخرجات رسمية منها ، وذلك وفقاً لأحكام المادة (٤٣) من القانون ، ومقابل أداء رسم مقداره خمسون جنيهاً للاطلاع ، وعشرة جنيهات لأحكام للمادة (٤٣) من القانون ، ومقابل أداء رسم مقداره خمسون جنيهاً للاطلاع، وعشرة جنيهات على كل ورقة من أوراق المستخرجات الرسمية بحد أقصى مائة جنيه .

(٣) م ٤١ من القانون ، وتنص اللائحة على أنه : =

(ح) العقوبات

– مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى أى قانون آخر ، يعاقب على الأفعال المبينة فى المواد التالية بالعقوبات المنصوص عليها فيها .

– يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتى ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من باشر نشاط التمويل العقارى المنصوص عليه فى هذا القانون دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك .

– يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف فى مزاولة نشاط التمويل العقارى المعايير والقواعد المشار إليها فى هذا القانون والتى تحددها اللائحة التنفيذية .

– يعاقب من يخالف أياً من أحكام الفقرة الأولى من المادة (٣٤) (بتصفية واندماج الشركات الممولة وتوقفها عن النشاط) بغرامة لا تقل عن مائتى ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه .

– يجوز ، فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة ، الحكم على من قضى عليه بإحدى هذه العقوبات ، بالحرمان من مزاولة المهنة أو بحظر مزاولة النشاط الذى وقعت الجريمة بمناسبته ، وذلك لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ويكون الحكم بذلك وجوبيًا فى حالة العود

= ينشأ لدى الهيئة مكتب يختص بتلقى وفحص الشكاوى التى يقدمها أصحاب الشأن من المتعاملين بالتمويل العقارى ، ويشكل المكتب من عدد كاف من العاملين بالهيئة .

– تقدم الشكوى إلى المكتب من صاحب الشأن أو نائبه كتابة وتقيد فى سجل يعد لهذا الغرض . ويسلم لمقدم الشكوى إيصال بتاريخ تقديمها ورقم قيدها بالسجل .

– يجب على المكتب إخطار مقدم الشكوى بنتيجة فحصها وما اتخذ من إجراءات بشأنها خلال مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمها .

– وعلى المكتب إعداد تقرير نصف سنوى يعرض على مجلس إدارة الهيئة يتضمن أعداد موضوعات الشكاوى وما تم فيها من إجراءات وما يراه من ملاحظات واقتراحات (م ٥٨ : ٦٠) .

- لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية باتخاذ أى اجراء فيها أو رفعها بالنسبة إلى الجرائم التى ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو اتخاذ أى من اجراءات التحقيق فيها إلا بناء على طلب الوزير المختص .

وللوزير المختص قبل صدور حكم بات فى الدعوى أن يقبل الصلح مع المخالف مقابل أداء الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها فى المواد السابقة ، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية .

- يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية بالشركة بالعقوبات المقررة عن الأفعال التى ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية إذا كان إخلاله العمدى بالواجبات التى تفرضها عليه تلك الإدارة قد أدى إلى وقوع الجريمة أو تسبب فيها بخطئه الجسيم .

- تكون الشركة مسئولة بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية ، إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين بالشركة باسمها ولصالحها .

تم بحمد الله

محتويات الكتاب

الباب الثالث

الفصل الأول